



HAL
open science

Savoir-faire et franchise

Mathieu Nadal

► **To cite this version:**

Mathieu Nadal. Savoir-faire et franchise. Droit. Université Côte d'Azur, 2020. Français. NNT : 2020COAZ0022 . tel-03196794

HAL Id: tel-03196794

<https://theses.hal.science/tel-03196794v1>

Submitted on 13 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE DE DOCTORAT

Savoir-faire et franchise

Mathieu NADAL

Centre d'Études et de Recherches en Droit des Procédures (CERDP)

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit
d'Université Côte d'Azur**

Dirigée par : Mathias LATINA, Professeur,
Université Côte d'Azur

Soutenue le : 18 décembre 2020

Devant le jury, composé de :

Gaël CHANTEPIE, Professeur, Université
de Lille

Nicolas FERRIER, Professeur, Université
de Montpellier 1

Eva MOUIAL-BASSILANA, Professeur,
Université Côte d'Azur

Pascal OUDOT, Maître de conférences -
HDR, Université de Toulon

Savoir-faire et franchise

Jury :

Rapporteurs :

Monsieur Gaël CHANTEPIE, Professeur, Université de Lille

Monsieur Nicolas FERRIER, Professeur, Université de Montpellier 1

Examineurs :

Madame Eva MOUIAL-BASSILANA, Professeur, Université Côte d'Azur

Monsieur Pascal OUDOT, Maître de conférences-HDR Université de Toulon

Directeur de thèse :

Monsieur Mathias LATINA, Professeur, Université Côte d'Azur

Titre : Savoir-faire et franchise

Résumé : A l'instar de l'obligation d'assistance ou de la mise à disposition de signes distinctifs, le savoir-faire constitue un élément essentiel du contrat de franchise. En dépit de son importance, le législateur a fait le choix de ne pas le définir. Il est donc revenu à la jurisprudence ainsi qu'à la doctrine de dégager les éléments constitutifs du savoir-faire. Par ailleurs, l'importance du savoir-faire au sein du contrat de franchise se matérialise à travers l'étendue des obligations que chacune des parties devra supporter tout au long de la relation contractuelle. En raison de sa valeur patrimoniale importante, le franchiseur devra prendre toutes les mesures qui s'imposent afin de préserver son savoir-faire. Le franchiseur pourra avoir recours à différentes actions, civiles ou pénales, afin d'obtenir d'une part, la réparation de son préjudice et d'autre part, la condamnation de l'auteur de l'atteinte au savoir-faire.

Mots clés : savoir-faire, franchise, franchiseur, franchisé, réseau de distribution, contrat de franchise, transmission, formation, secret d'affaires, préjudice,

Title : Know-how and franchise

Abstract : Like the obligation to provide assistance as well as the availability of distinctive marks, the know-how represents an essential component of the franchise agreement. Despite its importance, the legislator chooses not to define it. Thus, the constituent parts of the know-how had to be released by the jurisprudence and the doctrine. Furthermore, the importance of the know-how within the franchise agreement is reflected in all the obligations of both parties all along the contractual relationship. Because of its great heritage value, the franchisor will need to take all the necessary measures in order to preserve its know-how. The franchisor will be able to recourse to different actions, civil or criminal ones, in order to compensate, on the one hand, for the loss allegedly suffered, and on the other hand, that the know-how perpetrators conviction can take place.

Keywords : know-how, franchise, franchisor, distribution network, franchise agreement, transmission, training, business secret, prejudice,

AVERTISSEMENTS

L'Université Côte d'Azur n'entend accorder aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse, qui demeurent propres à leur auteur.

DÉDICACES

*A ma mère qui depuis le 6 mars 2020 lutte contre le cancer,
à mon père qui la soutient dans cette épreuve,
à Laurie,
à l'ensemble de ma famille,
et enfin à mes grands-parents paternels partis trop tôt.*

REMERCIEMENTS

À travers la possibilité que m'offre cette page de remercier les personnes ayant contribué à la rédaction de ma thèse, je tenais à citer les noms suivants :

Monsieur **Mathias LATINA**, Professeur, à l'université Côte d'Azur, pour avoir accepté d'être mon directeur de thèse, et par cette même occasion pour m'avoir donné de nombreux conseils et encouragements dans la rédaction de cette dernière malgré la distance, et pour avoir fait preuve de patience.

Monsieur **Christophe CHAPUIS**, vice-président directeur général de MCDONALD'S France, en charge des régions, du développement et de la construction du réseau de franchise de l'enseigne, de m'avoir accordé un entretien individuel afin de répondre à mes nombreuses interrogations.

Monsieur **Nicolas MAUCHE** et Madame **Sabrina MERLATTI**, respectivement franchisé et superviseur des restaurants MCDONALD'S de Brignoles, de Saint-Maximin, du Luc en Provence, et des Arcs-sur-Argens (VAR), pour leurs témoignages et leurs retours d'expériences.

À la **Fédération Française de la Franchise** (FFF), pour ses invitations à Paris aux salons de la franchise 2015 et 2017, et à Monsieur **Christophe GRISON**, responsable juridique à la FFF, pour ses précieuses informations concernant notamment la loi n°2015-990 du 6 août 2015.

Aux différents professionnels présents aux salons de la Franchise 2015 et 2017, qui ont eu la gentillesse de répondre à mes diverses questions, plus particulièrement à :

Monsieur **Christian LETIENNE**, directeur franchise, du réseau *QUICK France*.

Monsieur **Pascal MENARD**, directeur franchise, du réseau *BUFFALO GRILL*.

Monsieur **François GOURC**, responsable développement franchise, du réseau *O2 Home Services*.

Monsieur **Hervé JUILLARD**, recruteur franchise nord-est du *Groupe CASINO*.

Madame **Julie LEMAIRE**, responsable développement de l'enseigne *STEPHANE PLAZA Immobilier*.

Monsieur **Rodolphe HATCHADOURIAN**, journaliste à *l'Observatoire de la franchise*.

Monsieur **Jean-François MARTINEZ**, directeur du développement, de *La Foir'Fouille*.

Monsieur **Francis SICALI**, responsable de la franchise et de la concession des magasins, de l'enseigne *THIRIET*.

Madame **Hermine COUDRY**, conseillère en propriété industrielle chez *INLEX Expertise*.

TABLES DES ABRÉVIATIONS

Adde.	Ajouter.
AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires Dalloz
AJDI	Actualité juridique droit immobilier Dalloz.
AJ contrat	Actualité juridique contrat Dalloz
AJ pénal	Actualité juridique pénal Dalloz
al.	Alinéa.
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle.
Art.	Article.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés.
Bull. Joly entrep. Diff.	
CA.	Arrêt de Cour d'appel.
Ass. Plén.	Arrêt de la Cour de cassation siégeant en assemblée plénière.
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass. Civ.	Arrêt des chambres civiles de la Cour de cassation.
Cass. Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation.
C. civ.	Code Civil.
C. Com.	Code de Commerce.
CCC	Contrats Concurrence Consommation LexisNexis
CCE	Communication Commerce Electronique LexisNexis
Ch. mixte	Chambre Mixte de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
C. pén.	Code Pénal.
CPI	Code de propriété intellectuelle.
D.	Recueil Dalloz.
Dalloz actualité	Site d'actualité sur dalloz.fr
Dr. et patr.	Revue droit et patrimoine
Dr. fisc.	Revue de Droit fiscal.
Dr. sociétés.	Droit des sociétés.

FFF.	Fédération Française de Franchise.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Infra.	Voir plus loin.
IP/IT	Dalloz IP/IT – Droit de la propriété intellectuelle et du numérique
JCl. Brevets	JurisClasseur Brevets.
JCl. Civil Code	JurisClasseur Civil Code.
JCl. Concurrence - Consommation	JurisClasseur Concurrence - Consommation.
JCl. Contrats – Distribution	JurisClasseur Contrats – Distribution.
JCl. Marques – Dessins et modèles	JurisClasseur Marques – Dessins et modèles.
JCl. Notarial Répertoire	JurisClasseur Notarial Répertoire.
JCl. Pénal.	JurisClasseur Pénal.
JCl. Pénal des affaires	JurisClasseur Pénal des Affaires.
JCl. Procédures Formulaire.	JurisClasseur Procédures, Formulaire.
JCl. Propriété Littéraire et Artistique	JurisClasseur Propriété Littéraire et Artistique.
JCl. Sociétés Traité	JurisClasseur Sociétés Traité.
JCP E.	Semaine Juridique Entreprise et affaires.
JCP G.	Semaine Juridique Edition Générale.
JCP N.	Semaine Juridique Edition Notariale
JCP S.	Semaine Juridique Social.
L.	Loi.
LEDC	L'ESSENTIEL droit des contrats.
LEDEN	L'ESSENTIEL droit des entreprises en difficulté
LEDICO	L'ESSENTIEL droit de la distribution
LEPI.	L'ESSENTIEL droit de la propriété intellectuelle
LPA.	Les Petites affiches.
Ord.	Ordonnance
Pan.	Panorama.
Propr. industr.	Propriété industrielle
RDC.	Revue des contrats Lextenso.
RD propr. ind.	Revue dru droit de la propriété industrielle
RDIC	Revue de droit international de droit comparé.

Rev. sociétés.	Revue des sociétés Dalloz.
Rev. travail.	Revue du droit du travail Dalloz
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz.
Rép. sociétés.	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJ com.	Revue de jurisprudence Commerciale.
RJEP.	Revue juridique de l'économie publique.
RLC.	Revue Lamy de la Concurrence.
RLDA.	Revue Lamy de droit des affaires.
RLDC.	Revue Lamy de droit civil.
RTD civ., com., eur.,	Revue trimestrielle de droit civil, de droit commercial,
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
TFUE	Traité de fonctionnement de l'Union Européenne

PLAN

PREMIERE PARTIE : LE SAVOIR-FAIRE, UN DES ELEMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT DE FRANCHISE

TITRE 1 : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU SAVOIR-FAIRE

Chapitre 1 : La conception dite « *classique* » du savoir-faire

Chapitre 2 : La conception dite « *moderne* » du savoir-faire

TITRE 2 : TRANSMISSION ET EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE : OBLIGATIONS ESSENTIELLES DU CONTRAT DE FRANCHISE

Chapitre 1 : L'émission du savoir-faire par le franchiseur

Chapitre 2 : La réception du savoir-faire par le franchisé

SECONDE PARTIE : LA RESERVATION DU SAVOIR-FAIRE, UN ENJEU MAJEUR POUR LE FRANCHISEUR

TITRE 1 : LA PROTECTION PREVENTIVE DU SAVOIR-FAIRE

Chapitre 1 : La protection du savoir-faire par le contrat de franchise

Chapitre 2 : La protection du savoir-faire par le recours au droit de la propriété intellectuelle

TITRE 2 : LA PROTECTION REPRESSIVE DU SAVOIR-FAIRE

Chapitre 1 : Les instruments civils assurant la protection répressive du savoir-faire

Chapitre 2 : Les mécanismes de droit pénal permettant au franchiseur de faire sanctionner une atteinte à son savoir-faire

INTRODUCTION

1. Le contrat de franchise, un outil indispensable à l'exploitation et la transmission d'un savoir-faire. A l'origine, seul le concepteur a connaissance des éléments constitutifs du savoir-faire qu'il a élaboré. S'il décide de commercialiser sa création afin d'en tirer des revenus il ne pourra le faire que par l'intermédiaire d'un contrat dit de communication¹. Or, la transmission d'un savoir-faire occupe une place centrale au sein du contrat de franchise. Considérés à la fois comme les enfants chéris, mais aussi comme les enfants terribles du droit des contrats par la doctrine², les contrats de franchise ont vu leur nombre s'accroître de manière exponentielle au cours des cinquante dernières années³, si bien qu'ils sont aujourd'hui considérés comme les contrats d'affaires les plus pratiqués⁴. Les raisons d'un tel succès sont nombreuses mais s'expliquent par l'attractivité de ce mode de distribution pour les parties au contrat. Attractivité tout d'abord pour le franchiseur, qui en ayant mis au point un savoir-faire permettant de commercialiser un concept, va pouvoir se développer de manière rapide sans faire appel à d'importants investissements⁵. Attractivité pour le franchisé qui cherche par le biais de cette relation contractuelle à bénéficier lui aussi du succès du franchiseur et de son concept, dans l'optique de jouir d'un avantage concurrentiel sur un marché donné et de limiter au maximum l'aléa économique, ainsi que ses risques d'échecs⁶. De manière synthétique, le contrat de franchise peut ainsi se définir comme un accord par lequel un franchiseur, titulaire à la fois d'un savoir-faire et de signes distinctifs, transmet cet ensemble en vue d'être exploité par un franchisé contre rémunération, tout en lui apportant une assistance continue dans l'utilisation de ce savoir-faire⁷. D'une façon plus imagée, la franchise en tant que mode de distribution peut

¹ BINCTIN (N.) : « Savoir-faire », Rép. com. janv. 2018, n°42 et s.

² MAZEAUD (D.) : « Rapport de synthèse, in La franchise : questions sensibles », RLDA 2012, suppl. n°73.

³ V. *Annexe n°1*.

⁴ LIKILLIMBA (G-A.) : « La liquidation judiciaire du franchisé conduit-elle systématiquement à la condamnation du franchiseur au comblement de passif ? » LPA, 20 févr. 1988, n°22, p.21.

⁵ LE TOURNEAU (P.) : « Franchisage : variétés du franchisage – indépendance et domination dans le franchisage – droit de la concurrence et franchisage », JCl. Contrats – Distribution, fasc. 1045, 29 févr. 2016.

⁶ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

⁷ RESPAUD (J-L.) : « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence », LPA, 8 mars 2006, n°48, p.3.

s'apparenter à une pièce de monnaie. Côté pile, elle désigne la relation contractuelle qui unit le franchisé et le franchiseur, en précisant leurs obligations et leurs droits. Côté face, elle traduit une forme de commerce en constante expansion au sein même des contrats de distribution. Les réseaux de franchise partagent entre eux de nombreux points communs puisqu'ils possèdent chacun, outre une enseigne, un savoir-faire qui leur est spécifique et surtout indispensable afin de garantir leur pérennité⁸. Le savoir-faire est donc au cœur même de la franchise si bien qu'il fait de cette dernière un concept juridique incontournable parmi les contrats d'affaires, notamment de distribution (**Section I**). Par ailleurs, les différentes problématiques liées à l'exploitation et la protection du savoir-faire sont à l'origine même des particularités qui entourent le contrat de franchise (**Section II**).

Section I : La franchise, un concept juridique incontournable au sein des contrats de distribution

2. Plan. En dépit de son apparition tardive en France au début des années 1970⁹, il serait maladroit et inapproprié de limiter l'histoire de la franchise à cette seule période, tant les origines de celle-ci sont beaucoup plus anciennes¹⁰. En réaction à l'interventionnisme croissant du législateur, ainsi qu'à l'évolution des marchés et au développement de la concurrence, la franchise a dû s'adapter et évoluer, dans le but de demeurer toujours plus attractive parmi les contrats d'affaires¹¹. Avant d'aborder la question de l'existence et de la délimitation d'un éventuel droit de la franchise (**Paragraphe II**), il convient de présenter de manière succincte ses origines ainsi que ses évolutions. (**Paragraphe I**).

Paragraphe I : Les origines et les évolutions de la franchise

3. L'octroi d'un avantage concurrentiel, l'un des motifs d'adhésion du franchisé au contrat de franchise. Étymologiquement parlant, le mot franchise est susceptible d'être interprété dans deux sens opposés. Au sens le plus courant, il désigne chez un individu un trait

⁸ MERESSE (S.) : « Regards sur la franchise », LPA, 9 oct. 2018, n°139j5, p.3.

⁹ MOUSSERON (J-M) : « *Droit de la distribution* », Litec, 1975, p. 20.

¹⁰ DISSAUX (N.) : « Franchise », Rép. com., juin 2019, n°5 et s.

¹¹ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} éd., DUNOD, p.4. 2009.

de caractère ou encore l'une de ses qualités, à savoir sa manière d'exprimer librement ses opinions¹². Au sens le plus étroit, il est un dérivé des mots *franc* et *franche*, apparus à l'époque moyenâgeuse pour qualifier les privilèges ainsi que les immunités accordées par les autorités souveraines au profit d'une ville, d'un corps ou d'un individu¹³. Sans dire qu'elle constitue l'élément cardinal du contrat de franchise, la notion de privilège occupe une place centrale, puisqu'elle réside dans l'avantage concurrentiel issu de l'expérience et de la réussite du franchiseur qui sont matérialisées par le savoir-faire, dont cherche à bénéficier le franchisé en consentant audit contrat¹⁴.

4. La franchise, un mode de distribution né de la pratique des affaires aux Etats-Unis. D'un point de vue historique, la franchise sous sa forme actuelle, puise ses origines dans l'évolution de l'économie américaine au début du 20ème siècle¹⁵. C'est en effet à cette époque, que le législateur américain a adopté les lois anti-trust, matérialisées au travers du *Sherman AntiTrust Act* de 1890¹⁶ et du *Clayton AntiTrust Act* de 1914¹⁷. Considérées comme les premières lois donnant naissance au droit de la concurrence, leur objectif premier a été de limiter la puissance des grandes entreprises américaines dont le poids économique était tel que les pouvoirs publics craignaient qu'elles menacent l'organisation démocratique du pays, mais également qu'elles réduisent drastiquement la concurrence et par voie de conséquence portent atteinte aux intérêts des consommateurs. En réaction à l'adoption de cette nouvelle réglementation et dans le but de continuer à poursuivre leurs développements, les différentes entreprises américaines ont mis en place de nouvelles formes de commerce, en ayant recours notamment à la franchise. C'est d'ailleurs General Motors qui fut la première société à l'utiliser, en concluant ce type de contrat avec des garagistes indépendants installés dans des régions où elle demeurait absente, lui permettant de construire un important réseau de distribution sur

¹² AMYOT (J.) source Centre national des ressources textuelles et lexicales

¹³ HUGUES DE BERZE : « *Bible* », édition F. Lecoy, p.271.

¹⁴ INFOREG : « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », Cah. dr. entr., n°2, Mars 2016, prat. 6.

¹⁵ DEMARET (P.) : « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E, n°48, 27 nov. 1986, 14816.

¹⁶ KEMPF (H.) : « Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 (Les origines de la politique concurrentielle fédérale américaine) », Cahiers d'économie politique, n°20, 1992, édition L'HARMATTAN, p. 187 et s.

¹⁷ WOLF (E.) : « La législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux », RID comp., Vol. n°2, n°3, juill-sept. 1950, p. 440 et s.

l'ensemble du territoire américain. Face au succès rencontré, la franchise s'est ensuite ouverte à d'autres secteurs d'activités, dont le plus connu est sans nul doute celui de la restauration avec des entreprises comme KFC ou McDonald's.

5. L'essor de la franchise en France à partir des années 1970. Si le premier réseau de franchise français est apparu en 1928 avec les laines « *Pingouin* »¹⁸, il faudra attendre le début des années 1970 pour voir sa pratique devenir significative, et ainsi la voir s'étendre à l'ensemble du territoire national et à toute l'Europe. Pour Michel KAHN, l'histoire et l'évolution de la franchise en France s'est construite au travers de cinq grandes périodes¹⁹. Il est possible, cependant, en limitant l'analyse au seul rapport entre le droit des affaires dans sa globalité et la pratique de la franchise, de ramener le nombre de ces périodes à quatre :

● **1970 à 1986** : il s'agit ici d'une période d'observation, en raison du caractère nouveau de cette forme de distribution, qui voit apparaître la mise en place d'usages et de règles de bonnes conduites²⁰, et surtout qui va donner naissance à un début de contentieux. Dans ce contexte, la jurisprudence va œuvrer dans l'élaboration d'un « *droit de la franchise* »²¹, en donnant des définitions de plus en plus précises des contrats de franchise, du savoir-faire et des obligations devant être supportées par l'ensemble des parties²².

● **1986 à 1989** : il s'agit ici d'une période incontournable dans l'élaboration d'un « *droit de la franchise* », marquée par deux dates importantes. Tout d'abord, l'arrêt *Pronuptia*, rendu par la Cour de justice des Communautés Européennes le 28 Janvier 1986²³, est considéré comme l'arrêt fondateur en matière de franchise, puisqu'il a affirmé que l'utilisation de ce type de contrat était compatible avec les dispositions de l'article 85 du Traité de Rome²⁴. Par ailleurs, la CJCE a donné la première véritable définition de la franchise tout en dressant la liste des

¹⁸ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} édition, DUNOD, p.4, 2009.

¹⁹ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} édition, DUNOD, p.5, 2009.

²⁰ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

²¹ V. *infra* n° 6 ; MERESSE (S.) : « Regards sur la franchise », LPA, 9 oct. 2018, n°139j5, p.3

²² T. Com. Toulouse, 20 févr. 1985, Juris-Data n°1985-040276.

²³ V. *annexe* n°2.

²⁴ Devenu aujourd'hui l'art. 101 du TFUE.

éléments permettant d'identifier un tel contrat²⁵. Outre cette définition, la CJCE a souligné à de nombreuses reprises l'importance du savoir-faire au sein des réseaux et des contrats de franchise en faisant références aux obligations qui incombent au franchiseur et au franchisé. On aura l'occasion de revenir sur cet arrêt, puisque ce dernier a eu pour conséquence d'entraîner de la part du législateur européen, un mouvement sans précédent de normalisation dans ce domaine²⁶. L'autre date incontournable concerne l'adoption, en 1989, par le législateur français de la loi dite Doubin²⁷, instaurant à la charge du franchiseur une obligation d'information précontractuelle²⁸. Bien que cette loi n'intéresse pas spécifiquement le contrat de franchise, elle a bien vocation à lui être appliquée²⁹.

● **1990 à 2000** : le contentieux est toujours aussi nourri en raison de la nature même du contrat de franchise qui constitue l'archétype même du contrat d'adhésion³⁰ tel que défini au second alinéa du nouvel article 1110 du Code civil³¹ dans sa rédaction issue de la loi de ratification du 20 avril 2018³². En effet, la qualité de rédacteur du contrat appartient au seul franchiseur ce qui lui confère une importante liberté contractuelle et lui permet d'imposer à ses franchisés de nombreuses obligations qui viendront encadrer l'utilisation du savoir-faire³³. Le franchisé est ainsi dépourvu d'une quelconque marge de négociation concernant le contenu

²⁵ Ainsi la franchise y est définie comme : « un contrat par lequel le titulaire d'une réussite commerciale, le franchiseur, permet, moyennant rémunération, à d'autres commerçants, les franchisés, de répéter son expérience commerciale fructueuse, en vue d'obtenir les mêmes résultats que lui ».

²⁶ V. *infra* n°12

²⁷ Loi n°89-1008 du 31 déc. 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social ; VIRASSAMY (G.) : « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », JCP E n°25, 21 juin 1990, 15809 ; MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.) : « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin », CCC n°3, Mars 2003, chron. 4 ; AZEMA (J.) : « Droit français de la concurrence », JCP E n°12, 22 mars 1990, p. 15730 ; AMEEDÉ-MANESME (G.) : « Le document pré-contractuel imposé par l'article 1^{er} de la loi Doubin et le décret du 4 avril 1991 : analyse et proposition d'un pré-contrat type », JCP E n°27, 4 juill. 1991, p. 66.

²⁸ Art. L.330-3 et R. 330-2 et 3 du C. com.

²⁹ BLANC (G.) : « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *D.* 1993, p. 218.

³⁰ GAST (O.) « Comptes d'exploitation prévisionnels et franchise : vers un débat d'experts ? » LPA, 31 mai 1999, n°107. p.6.

³¹ Art. 1110 al. 2 du C. civ : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

³² Loi n°2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; PELLIER (J.-D.) : « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée ! », *Dalloz actualité* 30 avr. 2018 ; TADROS (A.) : « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratiques des affaires », *D.* 2018, p. 1162 ; CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, p. 309.

³³ MERESSE (S.) : « Regards sur la franchise », LPA, 9 oct. 2018, n°139j5, p.3.

même du contrat de franchise. Toutefois, certains franchiseurs n'hésitent pas à abuser de cette liberté pour imposer à leurs franchisés des obligations qui portent atteinte à leurs statuts de commerçants indépendants ainsi qu'à des dispositions d'ordre public³⁴.

● **2000 à aujourd'hui** : la franchise doit s'adapter aux nouvelles techniques de ventes et de concurrences, notamment en raison de l'avènement et la démocratisation d'internet. Mais, c'est surtout l'occasion pour la Cour de cassation, au cours de cette période, de rendre d'importants arrêts³⁵ qui participeront indirectement à l'évolution du droit des contrats, jusqu'à l'adoption de sa réforme à travers l'ordonnance du 10 février 2016³⁶ et sa loi de ratification du 20 avril 2018.

6. Le savoir-faire, un élément indispensable à l'existence et au développement d'un réseau de franchise. En définitive et contrairement aux idées reçues, le secteur de la franchise en France ne doit pas être réduit de façon grossière au seul domaine de la restauration rapide qui ne représente que 4% des réseaux de franchise en 2016³⁷. Les divers rassemblements professionnels organisés dans le secteur de la franchise suffisent à démontrer que l'ensemble des secteurs d'activités peuvent être « *franchisables* ». En effet, chaque réseau de franchise est titulaire d'un savoir-faire qui lui est propre. Autrement dit, il ne peut y avoir de réseau, ni de franchise sans que le franchiseur en sa qualité de tête de réseau ne soit titulaire d'un véritable savoir-faire³⁸. D'ailleurs, le nombre important de réseaux recensé chaque année s'explique par la variété des savoir-faire exploités. Le savoir-faire est donc à la base de la création et du développement d'un réseau de franchise³⁹. Si le franchiseur jouit d'une certaine liberté

³⁴ BENSOUSSAN (H.) : « Franchise, concession, licence ... les clés du bon choix pour le créateur de réseaux », Franchise Expo Paris, conférence du 22 mars 2017.

³⁵ SIMON (F.-L.) : « L'exécution du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227 p.44.

³⁶ Ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et des obligations ; REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJCA 2016 p. 20 ;

³⁷ V. *Annexe* n°1.

³⁸ ANCELIN (O.) et DE BAKKER (F.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA 2015, p. 333.

³⁹ LE TOURNEAU (P.) : « *Réseaux commerciaux* » Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2018-2019, Chapitre 3352, n° 3352.251 et s.

contractuelle dans la rédaction du contrat de franchise⁴⁰, cette liberté est encadrée par un grand nombre de dispositions aux origines hétéroclites⁴¹.

Paragraphe II : La diversité des règles applicables à la franchise

7. De l'existence d'un droit spécifique à la pratique de la franchise ? Existe-t-il un droit de la franchise⁴² ? Autrement dit existe-t-il un ensemble de normes ayant pour objet de régir les rapports entre franchisés et franchiseurs, en définissant leurs droits et prérogatives ainsi que leurs obligations réciproques ? Il résulte de la pratique des affaires que le contrat de franchise connaît un succès non démenti depuis de nombreuses années. Malgré son importance majeure au sein des contrats de distribution, les accords de franchise sont quasiment dépourvus de toutes dispositions législatives leur étant propres⁴³. Il n'existe donc pas, à proprement parler, de droit de la franchise. L'absence d'un corpus de règles spécifiques ne plonge pas les praticiens de la franchise au cœur d'un « *no man's land* » juridique. Il convient de garder à l'esprit que si le contrat de franchise appartient à la famille des contrats innomés⁴⁴, les règles du droit commun s'appliquent comme il en résulte du nouvel article 1105 du Code civil⁴⁵ reprenant les dispositions de l'ancien article 1107 du Code civil⁴⁶. Cependant, certains contestent ce rattachement considérant pour leurs parts que le contrat de franchise est un contrat nommé en raison de l'élaboration par la jurisprudence d'un régime spécifique⁴⁷. L'étude de la

⁴⁰ V. *supra* n°4.

⁴¹ V. *infra* n°7.

⁴² BENSOUSSAN (H.) : « *Droit de la franchise* », ed. Apogée, 1997 ; BEHAR TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) : « Actualité du droit de la franchise 2018 », CCC n°12, déc. 2018, étude 16.

⁴³ RESPAUD (J-L.) : « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence », LPA, 8 mars 2006, n°48, p.3.

⁴⁴ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

⁴⁵ Art. 1105 du C. civ. : « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* » ; LECLERC (F.) : « Les enjeux de la confrontation des contrats de distribution à la réforme du droit des contrats », AJ contrat 2017, p. 152.

⁴⁶ CHENEDE (F.) : « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations, innovations, perspectives* », 2^{ème} éd. Dalloz, n°121-30 et s. 2019-2020 ; BALAT (N.) : « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », D. 2015, p. 699 ; BLANC (N.) : « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », RDC 2015, p. 810.

⁴⁷ GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « *Droit de la franchise* », Litec, Carré droit, 2011 ; v. not. sur la question de la distinction ancienne entre contrats nommés et innommés BLANC (N.) : « *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* », Thèse, Paris 2, 2010.

jurisprudence démontre que le contentieux propre à la franchise et plus particulièrement au savoir-faire ne concerne pas uniquement des manquements aux règles issues de la théorie générale du droit des contrats. Nombreuses sont les décisions à recourir aux grands principes présents en droit de la concurrence⁴⁸, en droit social⁴⁹, ou encore en droit des sociétés⁵⁰ afin de trancher un litige. Pour reprendre l'expression d'un auteur : « *le droit de la franchise n'est pas immuable mais en construction permanente. Il est le fruit des procès* »⁵¹. Par convention de langage, le terme de « *droit de la franchise* » peut être retenu pour désigner l'ensemble des dispositions qui auront vocation à s'appliquer en présence d'un contrat de franchise sans pour autant qu'elles lui soient spécifiques, ainsi que l'intégralité des solutions rendues au visa desdites dispositions et qui contribuent à faire évoluer de manière permanente ce « *droit* » (**A**). Par ailleurs, l'apport communautaire en matière de franchise ne doit pas être ignoré (**B**).

A. Les dispositions juridiques nationales

8. L'absence de dispositions nationales spécifiques à la pratique de la franchise.

Contrairement à certains de nos voisins européens tels que l'Italie⁵², aux grandes puissances économiques comme la Chine⁵³ ou les Etats-Unis⁵⁴, le législateur français a fait le choix de renoncer à l'adoption de dispositions propres au contrat de franchise. Ce choix s'explique par la volonté des pouvoirs publics de ne pas installer d'obstacles qui viendraient entraver l'essor de ce mode de distribution⁵⁵. Les présentations ainsi que les abandons successifs des différents projets de loi sur la franchise de 1973⁵⁶, 1974⁵⁷, 1978⁵⁸ et 1985⁵⁹, témoignent de la volonté de

⁴⁸ V. *infra* n°175

⁴⁹ V. *infra* n°105

⁵⁰ V. *infra* n°138

⁵¹ MERESSE (S.) : « Regards sur la franchise », LPA, 9 oct. 2018, n°139j5, p.3

⁵² SIMON (F-L.) : « Italie », LPA, 15 mars 2011, n°PA201105212, p. 39

⁵³ LEFEBURE (B.) : « Le droit de la franchise en Chine », Gaz. pal., 21 juin 2008, n°173, p. 51.

⁵⁴ DEMARET (P.) : « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E, n°48, 27 nov. 1986, 14816.

⁵⁵ SIMON (F-L.) : « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.13.

⁵⁶ Proposition de loi GLON et COUSTE n°891, tendant à réglementer la situation juridique des franchisés et concessionnaires, déposée à l'Assemblée Nationale le 11 déc. 1973.

⁵⁷ Proposition de loi TURCO n°979, tendant à définir la situation du commerçant-distributeur, déposée le 29 mai 1974 à l'Assemblée Nationale.

⁵⁸ Proposition de loi LAURIOL et ANSQUIER n°529, déposée le 28 juin 1978 à l'Assemblée Nationale, tendant à définir un statut juridique du concessionnaire revendeur de produits de marque.

⁵⁹ Projet de proposition de loi GAST sur la franchise présenté le 14 mai 1985.

maintenir un certain libéralisme dans ce secteur de la part du législateur. Si l'absence d'un droit spécifique de la franchise a sans doute permis le développement de ce mode de distribution⁶⁰, l'absence de texte, a également favorisé certains abus, et nourri un important contentieux autour de l'utilisation de ce contrat d'adhésion⁶¹. À supposer qu'un droit *a minima* de la franchise existe, une *summa divisio* apparaît à l'intérieur de celui-ci entre, d'un côté, les dispositions dotées d'une véritable force contraignante, et, de l'autre, celles qui en sont dépourvues. Nous mettons ici volontairement les dispositions du Code civil de côté puisque l'exécution du contrat de franchise se doit de respecter les impératifs du droit commun des contrats⁶².

9. Les dispositions dépourvues de toute force contraignante. Elles sont au nombre de deux et s'apparentent davantage à des recueils d'usages et de conduites à mener, plutôt qu'à un véritable corpus d'obligations propres au contrat de franchise et au savoir-faire. La première a été établie en juillet 1987 par l'Association française de normalisation (AFNOR) à travers sa norme Z 20-000 qui, outre le fait de donner une définition du contrat de franchise, établit une liste des règles devant être respectées en ce qui concerne la négociation et la rédaction du contrat de franchise⁶³. Toutefois, cette norme est dépourvue d'une quelconque force contraignante⁶⁴ ou obligatoire⁶⁵, empêchant toute annulation du contrat pour manquement à ses dispositions sauf stipulation contraire des parties⁶⁶. La seconde disposition est matérialisée par le Code de déontologie européen de la franchise. En effet, face à l'absence au niveau national d'un droit spécifique, la Fédération française de la franchise a adopté, dès 1972, un code de bonne conduite que ses membres se doivent de respecter. Après de nombreuses modifications et à l'issue d'une importante concertation des différentes fédérations membres de *l'European Franchise Federation*, ce code est devenu, au 1^{er} janvier 1991, le Code de déontologie européen de la franchise⁶⁷. A l'instar de la norme AFNOR précitée, ce code est dépourvu d'une

⁶⁰LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000.

⁶¹LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

⁶²SIMON (F-L.) : « L'exécution du contrat de franchise », LPA, 13 nov 2009, n°227 p.44.

⁶³SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « Le secret du bon savoir-faire », PI n°3, mars 2004, comm. 27.

⁶⁴DISSAUX (N.) : « L'essai en matière de franchise », RTD Com. 2015, p. 403.

⁶⁵CA. Paris., 23 juin 2006, JurisData n°2006-312403.

⁶⁶CA. Versailles., 25 nov. 2005, RG n°04/04461.

⁶⁷DONDERO (B.) : « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », JCP E n°46, 15 nov. 2012, 1671.

quelconque force contraignante⁶⁸, nonobstant certaines décisions assez anciennes⁶⁹ allant dans le sens contraire⁷⁰.

10. Les dispositions dotées d'un pouvoir contraignant. A titre liminaire, il faut préciser qu'il s'agit ici de se limiter à un rapide survol de ces dispositions puisque de longs développements leur seront consacrés tout au long de cette étude. Quoi qu'il en soit, ces dispositions ne sont guère nombreuses ni même destinées à être appliquées au seul contrat de franchise. Pourtant, elles traduisent un certain désir du législateur d'assurer un maximum de protection au candidat à la franchise lors de la conclusion du contrat et lors de son exécution. Bon nombre de ces dispositions intéressent les problématiques liées à l'exploitation du savoir-faire par l'intermédiaire du contrat de franchise. A l'origine, cette protection était située au seul stade de la conclusion du contrat, constituant ainsi l'un des objets uniques de la législation française⁷¹. En effet, la loi du 31 décembre 1989 dite loi « *Doubin* »⁷², a instauré une obligation précontractuelle d'information spécifique matérialisée par la remise d'un document en amont de la signature du contrat. Concrètement, cette obligation est mise à la charge de toute personne qui mettrait à la disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne et qui exigerait d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité⁷³. Le franchiseur est donc assujéti à une telle obligation puisqu'il soumet son franchisé à différentes exclusivités (obligation d'approvisionnement exclusif, de non-concurrence, de non-réaffiliation, exclusivité territoriale)⁷⁴. Si ce document doit permettre au futur franchisé de consentir de manière éclairé au contrat de franchise, il revêt aussi une importance capitale pour

⁶⁸ « Franchise. Code de déontologie européen. Application en France », JCP E n°51, 20 déc. 1990, act. 20656.

⁶⁹ T. Com. Toulouse, 20 févr. 1985, Juris-Data n°1985-040276.

⁷⁰ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et Savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998, n°3, p. 14.

⁷¹ AUGAGNEUR (L-M) : « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », JCP G. n°30, 27 juill. 2005, I 158.

⁷² Décret n°91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1er de la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

⁷³ LEGAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982 ; BELDA (J-B.) : « La caractérisation du dol dans le contrat de franchise sous l'empire du droit ancien et à la lumière du droit nouveau des contrats », RLDC, n°146, 1^{er} mars 2017 ; SIMON (F-L.) : « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.13 ; CA. Paris, 22 sept. 1992, D. 1995. p.76

⁷⁴ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Franchise – Appréciation de la notion d'exclusivité », CCC n°8-9, Août 2008, comm. 199 ; SIMON (F-L.) : « Identification du contrat de franchise et champ d'application de la loi Doubin », LPA, 9 nov. 2006, n°224, p. 9.

le franchiseur, puisqu'il pourra l'utiliser comme un moyen de preuve afin de démontrer l'existence et la réalité du savoir-faire qu'il a transmis⁷⁵. Par ailleurs, le contrat de franchise n'a pas pour effet de créer entre les parties au contrat un lien de subordination. Le franchiseur et le franchisé sont, par définition, deux commerçants juridiquement indépendants. Le franchiseur devra veiller à ne pas porter atteinte à l'indépendance de son franchisé lors de l'exécution du contrat de franchise et plus précisément lors de la réitération du savoir-faire par le franchisé. C'est dans cette optique que le législateur a adopté en 1991 l'arrêté dit Neiertz⁷⁶ et aujourd'hui codifié à l'article A. 441-1 du Code de commerce⁷⁷ avec pour objectif de veiller à ce que cette indépendance qui doit être effective entre les parties, soit aussi perçue comme telle par les tiers au contrat de franchise⁷⁸. L'atteinte à l'indépendance du franchisé par le franchiseur peut entraîner de graves conséquences pouvant aller jusqu'à une requalification du contrat de franchise en contrat de gérance salariale et plus exceptionnellement en contrat de travail⁷⁹. Ces dernières années ont été riches sur le plan de l'actualité législative relative à la pratique de la franchise et plus précisément sur la question relative à la protection du savoir-faire. Tout d'abord, la loi du 6 août 2015 dite loi Macron, a créé au sein du livre III du Code de commerce un nouvel titre IV, intitulé « *Des réseaux de distribution commerciale* » s'inspirant en grande partie des solutions préconisées par l'Autorité de la concurrence dans un important avis rendu en 2010⁸⁰. Sans revenir sur les nombreuses inquiétudes⁸¹ ainsi que sur les critiques virulentes

⁷⁵ INFOREG : « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », Cah. dr. ent., n°2, mars 2016, prat. 6.

⁷⁶ Arrêté du 21 février 1991 relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise abrogé par l'art. 3 de l'arrêté du 14 janv. 2009 relatif à la partie arrêtés du Code de commerce.

⁷⁷ Art. A. 441-1 du C. Com. : « *Toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, informe le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente* ».

⁷⁸ PIHERY (R.) : « L'appréhension des accords de réseau par le droit social : pour une reconnaissance des spécificités de la franchise », AJ contrat 2016, p. 11.

⁷⁹ FERRIER (D.) : « Requalification d'un contrat de franchise en gérance salariée à défaut d'autonomie du prétendu franchisé dans l'exploitation de son commerce ». *D.* 1997. p. 57 ; LEVENEUR (L.) : « Application du droit du travail à un franchisé sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ». JCP E, n°25, 20 juin 2002, 953.

⁸⁰ DISSAUX (N.) : « Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire », JCP G, 14 fév. 2011, p. 177 ; BEHAR-TOUCHAIS (V.-M.) : « Les obstacles à la sortie du franchisé », RLC 2012, hors-série, actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janv. 2012, n°12, p.32 et s ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Réflexions autour de l'avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire », JCP E n°11, 17 mars 2011, p. 1217.

⁸¹ FFF : « La loi Macron veut-elle tuer la franchise ? » Communiqué de presse du 3 Février 2015 au sujet de la suppression des clauses de non-concurrence post-contractuelles au sein des contrats de franchise, prévue par le projet de loi pour la croissance et l'activité ; *V. annexe n°8*

qu'a suscité le projet initial de cette loi⁸², une partie de la doctrine considère aujourd'hui que ces nouvelles dispositions s'apparentent à une esquisse d'un véritable droit des réseaux de distribution français⁸³. Concrètement, ce nouveau titre IV contient trois dispositions majeures, à savoir : l'instauration d'une échéance commune à l'ensemble des contrats conclus par l'exploitant indépendant d'un commerce de détail⁸⁴, la consécration d'une indivisibilité légale en cas de résiliation⁸⁵ et surtout de considérer comme non écrites les clauses restrictives de concurrence⁸⁶. Or, les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelles participent de façon indéniable à la protection du savoir-faire du franchiseur⁸⁷. Toutefois, l'article L. 341-2 du Code de commerce prévoit un certain nombre d'exceptions en précisant que de telles clauses seront considérées comme valables lorsqu'elles se révèlent être indispensables à la protection d'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret⁸⁸. Mais c'est surtout la transposition par le législateur français de la directive européenne du 8 juin 2016⁸⁹ qui vise à harmoniser les différentes législations des États membres en matière de protection des secrets d'affaires qui aura été l'actualité majeure de l'année 2018⁹⁰. En effet, la loi du 30 juillet 2018⁹¹ a créé au sein du Code de commerce un ensemble de mécanismes visant à protéger

⁸² VOGEL (L.), « Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, couteux et inadapté », AJCA 2015 p.512.

⁸³ FERRIER (D.) : « La loi du 6 aout 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ... en matière de distribution ? » *D.* 2015, p. 1904 ; MAINGUY (D.) : « Premières vues sur le droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale », JCP E n°48, 26 nov. 2015, p. 1579 ; RIERA (A.) : « Avis de tempête sur les réseaux de distribution », AJCA 2015, p. 100 ; PLANKENSTEINER (M.) : « Les relations commerciales après la loi du 6 aout 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », LPA, 4 nov. 2015, n°220, p. 4 ; TITONE (T.) : « L'introduction d'un droit des réseaux de distribution commerciale par la loi Macron », RLC n°46, janv. 2016, p. 24.

⁸⁴ BUY (F.) : « Loi Macron : focus sur les lois restrictives de concurrence », *D.* 2015, p. 1902 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Les apports de la loi Macron en droit de la distribution », CCC n°11, nov. 2015, comm. 256.

⁸⁵ RIERA (A.) : « Vers un nouveau contrat d'affiliation ? », AJCA 2015, p. 411.

⁸⁶ DISSAUX (N.) : « Loi Macron et réseaux de distribution : d'une polémique, l'autre », *D.* 2015, p. 496.

⁸⁷ MARCINKOWSKI (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », AJ contrat 2016, p. 16.

⁸⁸ VOGEL (L.) et VOGEL (J.) : « Première application de l'article L.341-2 du Code de commerce issu de la loi Macron », LEDICO, 1^{er} janv. 2019, n°1, p.2

⁸⁹ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁹⁰ MILCHIOR (R.) : « Directive sur les secrets d'affaires : création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle », AJ contrat 2016, p.391 ; LAPOUSTERLE (J.) : « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », IP/IT 2016 p.493.

⁹¹ L. n°2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires.

le secret d'affaires⁹², auquel pourra recourir le franchiseur afin de protéger encore plus efficacement son savoir-faire⁹³. L'adoption de cette loi ne fait que renforcer l'idée de l'importance du savoir-faire au sein du contrat de franchise ainsi que celle de l'étendue de l'influence du droit européen sur l'élaboration et sur l'évolution du « droit de la franchise ».

B. L'influence du droit européen dans l'élaboration et l'évolution d'un droit de la franchise

11. La jurisprudence « Pronuptia », à l'origine de l'influence du législateur européen sur l'encadrement de la pratique de la franchise. Affirmer que les dispositions contenues dans le Code du Commerce en matière de droits de la concurrence et de la distribution, ont été en grande partie façonnées sous l'influence du droit européen est un doux euphémisme. Depuis leurs avènements en 1957, le droit et la jurisprudence communautaires n'ont cessé d'accroître leur emprise sur les règles relatives à l'encadrement des modes de distribution et le contrat de franchise n'échappe pas à ce phénomène. Les dispositions contenues dans le Traité de Rome ont posé les bases d'un droit européen de la concurrence, que l'on retrouve aujourd'hui encore au sein du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne. Ces différents traités ont dressé au fil du temps une liste de pratiques prohibées en raison de leurs incompatibilités avec le marché commun et qui auraient pour conséquences d'empêcher, de restreindre et de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de ce marché. Or, la question de la compatibilité entre ces dispositions et le développement des accords de franchise s'est inévitablement posée, en raison de la nature même de ces contrats qui appartiennent à la catégorie dite des accords verticaux. En outre, le risque est grand de voir ces contrats paralyser la concurrence par la mise en place d'un système organisé de distribution de produits ou de services. Cependant, il faudra attendre 1986 et son arrêt *Pronuptia* pour que la Cour de Justice des Communautés Européennes se prononce enfin sur la licéité de la franchise au regard du

⁹² BOUVET (T.) : « Détermination du détenteur légitime des droits sur un secret d'affaires », PI n°9, sept. 2018, doss.9 ; RAYNARD (J.) : « Le contenu et la particularité de la protection », PI n°9, sept. 2018, doss. 10 ;

⁹³ BEHAR TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) : « Actualité du droit de la franchise 2018 », CCC n°12, déc. 2018, ét. n°16 ; PIHÉRY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

droit communautaire⁹⁴. Dans cet arrêt, la Cour précise que les contrats de franchise peuvent contenir des clauses ayant pour effet de limiter la liberté d'entreprendre du franchisé, au cours et postérieurement à la période d'exécution dans la mesure où elles ont pour principal objet de protéger le savoir-faire, qui relève de l'essence même de ce contrat⁹⁵. Mais l'importance de cet arrêt ne se cantonne pas aux seuls éclaircissements apportés sur la compatibilité de la franchise vis-à-vis des règles européennes, mais se situe aussi du côté de l'attitude adoptée par la Commission européenne en réaction à cette jurisprudence.

12. L'important travail normatif réalisé par la Commission européenne en matière d'encadrement de la pratique de la franchise. A la suite de la prise de position de la Cour de Justice, la Commission européenne a rendu en l'espace de deux années pas moins de cinq décisions qui s'inscrivent dans le sillage de la jurisprudence *Pronuptia*⁹⁶. Mais, ces décisions ont surtout permis à la Commission de recueillir suffisamment d'éléments pour élaborer les différents règlements communautaires promulgués depuis 1988. En effet, une série de règlements dits d'exemption ont été adoptés ayant pour finalité de faire échapper certaines clauses du contrat de franchise à une nullité de plein droit prévue par les dispositions des traités européens en ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence⁹⁷. Toutefois, comme le fait remarquer un auteur, ces règlements ne constituent pas un modèle contractuel⁹⁸ puisqu'ils ont pour seule finalité de se prononcer sur « *la licéité concurrentielle d'un contrat ou d'une*

⁹⁴ DEMARET (P.) : « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E, n°48, 27 nov. 1986, 14816.

⁹⁵ GAST (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir- réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9.

⁹⁶ Décision 87/14/CEE de la Commission du 17 déc. 1986 relative à une procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE (IV/31.428 à 31.432 – Yves Rocher) ; Décision 87/17/CEE de la Commission du 17 déc. 1986 relative à une procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE (IV/30937 – Pronuptia) ; Décision 87/407/CEE de la Commission du 13 juill. 1987 relative à une procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE (IV/32.034 – Computerland) ; Décision 88/604/CEE de la Commission du 14 nov. 1988 relative à une procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE (IV/32.358 – Service Master) ; Décision 89/94/CEE de la Commission du 2 déc. 1988 relative à une procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE (IV/31.697 – Charles Jourdan).

⁹⁷ Règlement CE n°4087/88 du 30 nov. 1988 concernant l'application de l'art. 85 paragraphe 3 du Traité aux accords de franchise ; Règlement CE n°2790/1999 du 22 déc. 1999 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; Règlement de la Commission n°330/2010 du 20 avr. 2010, concernant l'application de l'Art. 101 paragraphe 3 du TFUE.

⁹⁸ LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise », JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000.

clause mais n'affecte pas la validité de celui-ci »⁹⁹. Malgré le fait qu'à l'heure actuelle seul le règlement de 2010 demeure¹⁰⁰, ce dernier s'applique à reprendre la définition du savoir-faire proposée initialement par la jurisprudence *Pronuptia* et le règlement de 1988. Au final, si le droit de la franchise ne constitue qu'une expression doctrinale, il n'empêche que les dispositions susceptibles de s'appliquer au contrat de franchise sont nombreuses, variées et surtout sujettes à de multiples évolutions. En dépit de cette situation, toujours est-il que ces règles partagent toutes un point commun. Elles sont indissociables du contentieux entourant l'utilisation du savoir-faire, renforçant un peu plus l'idée selon laquelle ce dernier constitue la clé de voute de ce mode de distribution. Par ailleurs, le contrat de franchise se distingue des autres contrats de distribution, en raison de sa finalité première à savoir de permettre la transmission d'un savoir-faire à un franchisé afin qu'il l'exploite à son tour de manière indépendante.

Section II : Le savoir-faire, la cause principale des spécificités de la franchise en tant que figure contractuelle

13. Présentation. Il serait réducteur de résumer le contrat franchise à un simple mode de distribution. La diversité des savoir-faire exploités fait de la franchise une figure contractuelle polymorphe ce qui explique son implantation dans de nombreux secteurs d'activités¹⁰¹. Le contrat de franchise apparaît donc comme un outil indispensable à la transmission par le franchiseur de l'ensemble des éléments constitutifs de son savoir-faire au futur franchisé¹⁰². C'est justement parce qu'il constitue un tel outil que le contrat de franchise présente un certain nombre de caractéristiques (**Paragraphe I**). Par ailleurs, les innovations et les bouleversements apportés par la réforme du droit des obligations¹⁰³ conduisent à

⁹⁹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La Cour de cassation se prononce sur le caractère justifié d'une clause d'approvisionnement exclusif stipulée dans un contrat de franchise sans tenir compte de la durée de la clause », CCC n°3, mars 2018, comm. 45.

¹⁰⁰ Règlement de la Commission n°330/2010 du 20 avr. 2010, concernant l'application de l'art. 101 paragraphe 3 du TFUE.

¹⁰¹ LE TOURNEAU (Ph.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Action Dalloz 2014/2015, n°5686.

¹⁰² MAROT (Y.) : « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 août 1994, n°92.

¹⁰³ DUTTO (V.) : « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrat 2017, p. 159.

s'interroger sur une possible remise en cause des pratiques existantes en matière de transmission et de protection du savoir-faire (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le contrat de franchise, un instrument complexe au service du franchiseur et de son savoir-faire

14. Plan. L'absence de disposition propre à la franchise en droit français entraîne par voie de conséquence un défaut de définition légale du contrat de franchise. Toutefois, la place fondamentale qu'occupe le savoir-faire au sein du contrat de franchise permet de dégager une définition tant positive (**A**) que négative (**B**) de ce contrat.

A. La définition positive du contrat de franchise

15. La franchise, un contrat aux caractéristiques multiples. La jurisprudence a eu à de nombreuses reprises l'occasion d'énumérer les éléments constitutifs du contrat de franchise¹⁰⁴. A titre d'exemple, la Cour d'appel de Toulouse définit le contrat de franchise comme : « *un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise dénommée franchiseur confère à une ou plusieurs autres entreprises dénommées franchisées le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables* »¹⁰⁵. Par conséquent, pour qu'un contrat soit qualifié de franchise ce dernier doit prévoir, sous peine de nullité ou de requalification, une obligation de transmission d'un savoir-faire, une obligation d'assistance du franchisé par le franchiseur et enfin une obligation de mise à disposition de signes distinctifs¹⁰⁶. Le savoir-faire et sa communication constitue les fondamentaux de la franchise ce qui donne au contrat de franchise ses caractéristiques actuelles. La liberté contractuelle dont jouit le

¹⁰⁴ MAROT (Y.) : « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 août 1994, n°92.

¹⁰⁵ CA. Toulouse., 25 mai 2004, Juris-Data n°2004-247226 ; DISSAUX (N.) : « Franchise », Rép.com. juin 2019, n°2.

¹⁰⁶ MARCINKOWSKI (M.) : « De certaines problématiques liées à la franchise internationale », AJ contrat 2015, p.252 ; PONSARD (M.) : « Caractère essentiel du soutien du franchisé par le franchiseur », AJCA 2014, p. 190.

franchiseur en raison de sa maîtrise du savoir-faire fait du contrat de franchise un contrat d'adhésion¹⁰⁷. D'ailleurs, aucune formalité particulière n'est requise à peine de nullité pour que le contrat de franchise soit valablement formé, il s'agit d'un contrat consensuel¹⁰⁸. La solution est admise depuis longtemps par les juges du fond¹⁰⁹ et fait l'objet de nombreux rappels¹¹⁰. Certains auteurs recommandent toutefois un écrit en fondant leur logique sur l'application par analogie des règles propres à l'agence commerciale et notamment de l'article L. 134-2 du C. com¹¹¹. Le franchiseur dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir les franchisés à qui il dévoilera les éléments constitutifs de son savoir-faire. De part ce pouvoir, le contrat de franchise doit être qualifié de contrat *intuitu personae*, ce qui n'est pas sans conséquence lors de la cession du contrat¹¹². Comme l'affirme la Cour d'appel de Toulouse, le contrat de franchise est un contrat à exécution successive mais aussi synallagmatique. A exécution successive, puisque les obligations du franchiseur concernant le savoir-faire ne se cantonnent pas à sa seule transmission. Le franchiseur doit assister pendant toute la phase d'exécution son franchisé face aux difficultés qu'il rencontrera lors de la réitération du savoir-faire. Il se doit, par la même occasion, de renouveler ou plus précisément d'actualiser en permanence son savoir-faire afin de prendre en compte les évolutions du marché et de la concurrence¹¹³. Le contrat de franchise est synallagmatique, puisque le franchisé est lui aussi tenu à des engagements contractuels dont au premier rang desquels figure le respect minutieux du savoir-faire transmis tout en s'acquittant d'un certain nombre de redevances qui constituent la contrepartie à la réception du savoir-faire. Il est indéniable que le contrat de franchise emporte la qualification de contrat synallagmatique. Toutefois, les questions relatives à l'indivisibilité et à l'interdépendance des obligations demeurent. Pour certains, il existe bien une indivisibilité

¹⁰⁷ INFOREG : « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », Cah. dr. entr. n°5, septembre 2008, prat. 20.

¹⁰⁸ BELDA (J-B.) : « La caractérisation du dol dans le contrat de franchise sous l'empire du droit ancien et à la lumière du droit nouveau des contrats », RLDC, n°146, 1er mars 2017 ; SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.

¹⁰⁹ CA. Paris., 16 nov. 2006, Juris-Data n°2006-322715.

¹¹⁰ CA. Paris., 29 avr. 2009, Juris-Data n°2009-006977.

¹¹¹ LICARI (F-X.) : « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », RLDA, n°13, 1er fév. 2007.

¹¹² Cass. Com., 3 juin 2008, n°06-13.761, JurisData n°2008-044216 ; AMEEDÉ-MANESME (G.) : « La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de fonds de commerce », JCP E 2010, p. 1110.

¹¹³ V. *infra* n°47

et une interdépendance automatique découlant de la réciprocité des obligations au sein des contrats synallagmatiques¹¹⁴. Pour d'autres, c'est le contenu même du contrat qui prévoira les éventuelles conséquences en cas d'inexécution sur l'ensemble contractuel¹¹⁵. Cependant, en raison des spécificités des accords de franchise, il convient d'admettre qu'une telle interdépendance peut exister au niveau de l'ensemble des membres constituant le réseau. Elle s'illustre notamment par une centralisation des intérêts des parties vers un même intérêt commun¹¹⁶, à savoir la réitération dans la durée et dans sa globalité, de la réussite commerciale du franchiseur¹¹⁷. Toutefois, si la notion d'intérêt commun est présente au sein des contrats de franchise pour la doctrine¹¹⁸ et pour les instances européennes¹¹⁹, la Cour de cassation refuse toujours de la reconnaître¹²⁰. Les juges du fond ont recours à la notion de collaboration pour qualifier les relations entre franchisé et franchiseur¹²¹.

16. La typologie des contrats de franchise déterminée en fonction de la nature du savoir-faire exploité. En recensant les domaines d'activités dans lesquels sont implantés les réseaux de franchise, la doctrine a dressé une typologie des différents contrats de franchise en distinguant la franchise dite de distribution de la franchise industrielle ou encore de la franchise de services¹²². Dans la franchise de distribution, le savoir-faire repose pour l'essentiel sur les techniques de distribution, notamment sur l'agencement et l'organisation des points de vente ou sur les spécificités des produits proposés qui s'adresseront à une clientèle déterminée et particulière¹²³. Une scission au sein de cette catégorie existe en raison du rôle joué par le franchiseur. D'un côté, ce dernier pourra être le fabricant des produits qui seront vendus par le réseau, comme c'est notamment le cas dans le commerce de proximité. De l'autre, le

¹¹⁴ LEVENEUR (L.) : « *Leçons de droit civil, T.II, vol.1* », Montchrestien, 1995, p. 98.

¹¹⁵ VIENNOIS (J-P.) : « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause et réticences dolosives », JCP G, n°30, 23 juill. 2003, II, 10127.

¹¹⁶ MAROT (Y.) « La collaboration entre franchiseur et franchisé » LPA, 31 août 2000, n°174. p.4.

¹¹⁷ GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHORAVO-RENAUD (O.) : « *Droit de la franchise* », Litec, Carré droit, édition 2011.

¹¹⁸ HASSLER (T.) : « L'intérêt commun », RTD Com., oct. 1984, p. 581 et s. ; LEQUETTE (S.) : « Réforme du droit commun des contrats, et contrats d'intérêt commun », D. 2016, p. 1148.

¹¹⁹ Décision 87/407/CEE de la Commission du 13 juill. 1987 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.034 – Computerland).

¹²⁰ Cass. Com., 8 janv. 2002, n°98-13.142, JurisData n°2002-012506.

¹²¹ MAROT (Y.) « La collaboration entre franchiseur et franchisé » LPA, 31 août 2000, n°174. p.4.

¹²² BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J-C.) : « *Droit de la distribution* », LGDJ, 2017 n°68, p.66.

¹²³ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998, n°3, p.14.

franchiseur ne fera que sélectionner des produits qui par la suite seront distribués au sein de son réseau¹²⁴. Quant à la franchise de production ou industrielle qui est contestée par certains comme ne relevant pas des accords de franchise au même titre que la franchise financière¹²⁵, le savoir-faire transmis réside dans la mise au point d'une technologie permettant au franchisé de fabriquer lui-même les produits qui seront revendus par la suite sous la marque concédée par le franchiseur¹²⁶. Enfin, dans la franchise dite de service, le savoir-faire se matérialise par la communication au franchisé d'un système standardisé et complet de procédures ou de techniques permettant la réalisation de prestations de services à une clientèle déterminée. La franchise de service a pour principal objet d'exécuter des prestations matérielles ou immatérielles, telles que les services à la personne, la location de voitures ou encore en matière informatique¹²⁷. En définitive et de manière abstraite, le contrat de franchise peut être schématisé sous la forme d'un atome. Le noyau regrouperait l'ensemble des obligations mises à la charge des parties que sont la transmission d'un savoir-faire, la mise à disposition de signes distinctifs, la fourniture d'une assistance, le respect du savoir-faire ou encore le paiement de redevances. Les électrons représenteraient, quant à eux, les caractéristiques à proprement parler du contrat de franchise à savoir qu'il s'agit d'un contrat innomé, consensuel, onéreux, synallagmatique, d'adhésion, à exécution successive revêtu très fort degré d'*intuitu personae*. Le savoir-faire occupe une place essentielle au sein de cet atome et de son noyau puisque, sans lui, il ne peut y avoir de franchise.

¹²⁴ Cass. Com., 3 mai 1995, n°93-12.981. JCP E 1995, p.748 note L. LEVENEUR.

¹²⁵ LE TOURNEAU (Ph.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Action Dalloz 2014/2015, n°5686

¹²⁶ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} éd. DUNOD, p. 22. 2009.

¹²⁷ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Franchisage : variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage », JCl. Contrats – Distribution, fasc. 1045, n°32 et s.

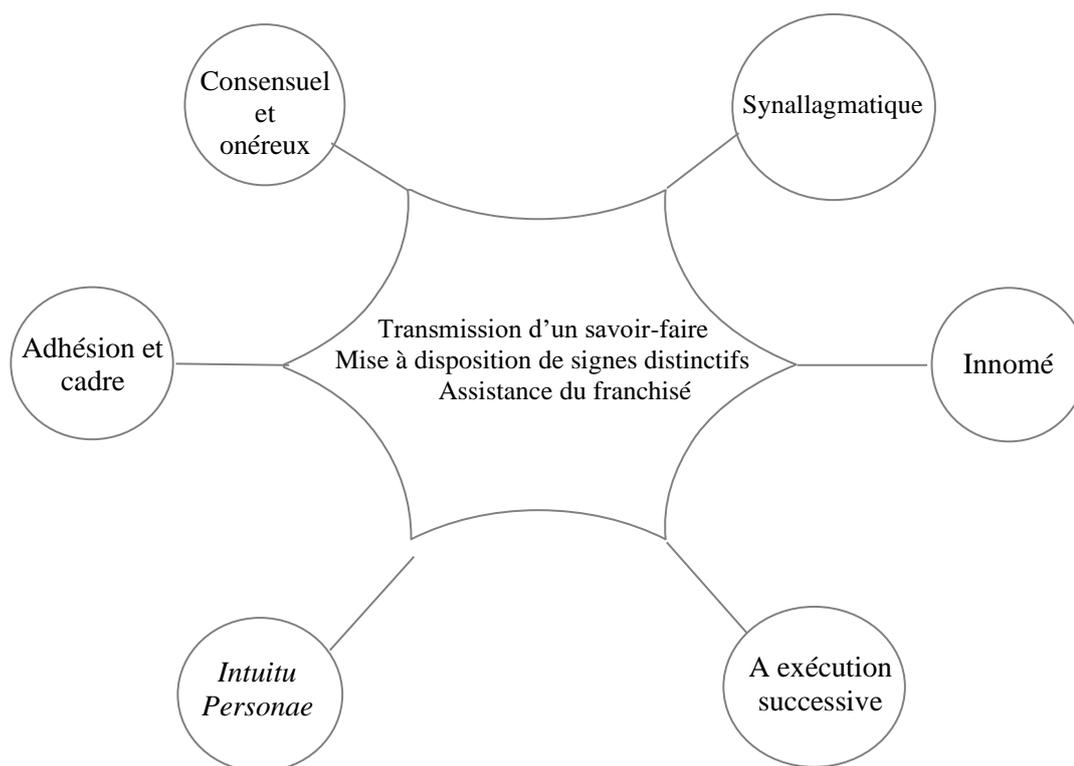


Figure n°1 : Atome du contrat de franchise

B. La définition négative du contrat de franchise

17. Le savoir-faire, un critère permettant de distinguer le contrat de franchise des autres formes contractuelles de droit commun. Comme évoqué ci-dessus, le contrat de franchise repose, outre sur les conditions de validité du droit des contrats, sur trois éléments parfaitement identifiés en jurisprudence et en droit communautaire : l'existence d'un savoir-faire¹²⁸, l'assistance du franchiseur à son franchisé¹²⁹ et la transmission de signes distinctifs¹³⁰. Ces éléments servent à différencier la franchise de formes contractuelles voisines. Leurs présences permettent aussi d'obtenir la requalification d'un contrat en franchise en dépit de la

¹²⁸ FERRIER (D.) : « Contrat de franchise : obligation de communication d'un savoir-faire », *D.* 1990, p. 370.

¹²⁹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Les obligations du franchiseur à l'épreuve d'un non-renouvellement de contrat », CCC n°12, déc. 2018, comm. 200

¹³⁰ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Distinction entre contrat de franchise et contrat de partenariat commercial avec transmission de savoir-faire », CCC n°1, janv. 2007, comm. 9

dénomination choisie par les parties¹³¹. Ainsi, le contrat de société semble présenter de nombreuses similitudes avec le contrat de franchise. En effet, ils sont tous les deux conclus dans l'intérêt commun des parties¹³², mais le contrat de société se distingue du contrat de franchise car il ne comporte aucune obligation de transmission d'un savoir-faire. De même, le contrat de franchise ne peut être assimilé à un contrat de travail puisque par définition, le franchisé et le franchiseur sont deux commerçants juridiquement et financièrement indépendants¹³³. Si le franchisé doit respecter les normes d'exploitations dictées par le franchiseur au sein du manuel opératoire, il n'est pas pour autant son supérieur hiérarchique. Le franchiseur doit veiller à respecter l'indépendance de son franchisé lors de la réitération du savoir-faire sous peine de requalification du contrat de franchise¹³⁴.

18. La différenciation entre le contrat de franchise et les principaux contrats de distribution grâce au savoir-faire. Il faut admettre que la franchise de distribution s'apparente beaucoup à une concession commerciale. Cependant, l'absence de savoir-faire chez cette dernière permet de distinguer ces deux modes de distribution¹³⁵. La concession commerciale peut se définir comme « *la convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel, appelé concédant, pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée, et sous la surveillance de ce dernier, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé* »¹³⁶. Les lignes directrices sur les restrictions verticales¹³⁷ vont encore plus loin car elles la définissent comme un accord de distribution exclusive par lequel le fournisseur accepte de ne vendre sa production qu'à un distributeur en vue de la revente sur un territoire déterminé.

¹³¹ CHEVRIER (E.) : « Les coopératives des commerçants détaillants relèvent de la loi Doubin », *D.* 2002, p. 2868.

¹³² DONDERO (B.) : « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E* n°46, 15 nov. 2012, 1671.

¹³³ SIMON (F-L.) : « Identification du contrat de franchise et champ d'application de la loi Doubin », *LPA*, 9 nov. 2006, n°224, p.9

¹³⁴ LEVENEUR (L.) : « Application du droit du travail à un franchisé sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ». *JCP E*, n°25, 20 juin 2002, 953 ; DE SENILHES (S.) : « Franchiseurs : optimisez la perception de vos redevances et le partage d'informations tout en prévenant le risque d'ingérence », *AJCA* 2014, p. 1561.

¹³⁵ LE TOURNEAU (Ph.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », *Action Dalloz* 2014/2015, n°5687.

¹³⁶ CHAMPAUD (C.) : « La concession commerciale », *RTD com.*, 1963, p. 451, n°24.

¹³⁷ Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOCE Communication de la Commission* n°C.291 du 13 oct. 2000, p.144.

S'il ne fait aucun doute que la concession commerciale appartient à la grande famille des contrats de distribution, les différences résident pour beaucoup dans l'étendue des obligations que le concédant se doit de respecter¹³⁸, puisqu'il est dispensé d'une quelconque obligation de transmission d'un savoir-faire¹³⁹. Par ailleurs, le contrat de franchise n'est pas un contrat d'affiliation, c'est-à-dire un contrat qui impose une certaine discipline aux affiliés dans le but d'obtenir de la part des fournisseurs des conditions tarifaires plus avantageuses. Le contrat d'affiliation peut, à l'instar de la franchise, contenir des dispositions relatives à la mise à disposition d'une marque ou de tout autre signe distinctif. Toutefois, là encore, l'absence d'un réel savoir-faire au sein même du contrat d'affiliation, permet de le différencier du contrat de franchise¹⁴⁰. Ce dernier est encore moins un contrat de licence de marque qui peut être résumé de façon grossière à un contrat de bail, puisqu'outre les dispositions du Code de la propriété intellectuelle¹⁴¹, les règles relatives au louage contenues dans le Code civil lui sont directement applicables. Le concédant, qui n'est autre que le titulaire de la marque enregistrée, loue à un licencié cette dernière et aura le droit de l'utiliser comme enseigne pour exercer son activité en contrepartie du paiement d'une redevance appelée *royalties*¹⁴². Toutefois, le concédant n'a, vis-à-vis du licencié, aucune obligation de transmission d'un savoir-faire¹⁴³ ni même une obligation d'assistance permanente¹⁴⁴. Enfin, le contrat de franchise se différencie de l'accord de distribution sélective. En effet, selon le règlement n°330/2010¹⁴⁵, les contrats de distribution sélective constituent « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* ». Le but de ces contrats est

¹³⁸ SIMON (F-L.) : « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.13.

¹³⁹ SIMON (F-L.) : « Le contrat de franchise : un an d'actualité », LPA, 2006, n°224, numéro spécial.

¹⁴⁰ CA. Toulouse., 25 mai 2004, Juris-Data n°2004-247226.

¹⁴¹ Article L. 712-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

¹⁴² SIMON (F-L.) : « Requalification d'un contrat de licence de marque en contrat de franchise », AJ contrat 2016, p. 441.

¹⁴³ CA. Paris., 4 mai 2016, n°15-10674.

¹⁴⁴ LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000.

¹⁴⁵ Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avr. 2010 concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

de restreindre le nombre de distributeurs agréés, en raison de la nature du produit commercialisé¹⁴⁶. Pour arriver à ce résultat, le fournisseur sélectionne ses distributeurs en fonction de critères très précis, notamment au vu de ses compétences professionnelles et la situation géographique de son point de vente. Ce type de contrat se rencontre surtout dans le domaine du luxe ou encore lorsque les produits présentent une importante technicité. Au final, le savoir-faire est indissociable du contrat de franchise puisqu'il en constitue l'un de ses éléments fondamentaux et permet de le distinguer des autres contrats de droit commun ou d'affaires. Mais l'avènement de la réforme du droit des obligations pose son lot d'interrogations relatives à la pratique de ce mode de distribution et plus particulièrement aux enjeux liés à l'exploitation du savoir-faire.

Paragraphe II : Vers un bouleversement des pratiques et des usages liés à la transmission et la protection du savoir-faire par l'avènement de la réforme du droit des contrats

19. Le contrat de franchise et la théorie générale du droit des contrats, une relation ô combien tumultueuse. La réforme du droit des contrats a une influence certaine sur le contrat de franchise¹⁴⁷. Ce thème a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre¹⁴⁸, ce qui permet de ne pas y consacrer de trop longs développements. Il s'agit ici de tenter de recenser les problématiques, voire les inquiétudes, que suscitent cette réforme à l'égard des enjeux liés à l'exploitation ainsi que la protection du savoir-faire. A titre liminaire, il convient de souligner que les accords de franchise ont souvent chahuté les règles du droit commun des contrats dans sa quasi globalité. En effet, le contentieux qui a émergé de la pratique est abondant, trop pour certains qui considèrent qu'il met en avant une certaine insécurité juridique, insécurité qui trouverait sa cause dans l'inadaptation des dispositions du Code civil à l'utilisation de ce contrat. D'ailleurs, nombreux sont les auteurs à avoir pris des positions fortes à ce sujet, certains étant

¹⁴⁶ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

¹⁴⁷ REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJ contrat 2016 p. 20 ;

¹⁴⁸ MAINGUY (D.) : « La réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations », JCP E n°7, 18 févr 2016, act 151 ; RONTCHEVSKY (N.) : « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », AJ contrat 2016, p. 112 ; MEKKI (M.) : « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D. 2016, p.494.

assimilés à des « *colombes* » car partisans d'un libéralisme à outrance, les autres qualifiés de « *faucons* » car défenseurs d'un protectionnisme à toute épreuve¹⁴⁹. Mais la raison principale tendant à l'affirmation d'un tel propos est à rechercher davantage du côté des solutions dégagées depuis des années par la Cour de cassation. Certains considèrent que le contrat de franchise est utilisé et considéré par la Haute juridiction comme la « *fontaine de jouvence* » permettant ainsi une régénération du droit commun des contrats dans l'attente de son éventuelle réforme¹⁵⁰. A *contrario*, il serait tout aussi envisageable d'y voir une sorte de « *boîte de Pandore* » tant certaines de ses décisions ont été très commentées en raison de leurs solutions controversées¹⁵¹. Peu importe l'opinion de chacun à ce sujet, il ne peut être nié qu'en raison des particularités même d'un tel contrat, la jurisprudence a rendu des décisions novatrices dans des domaines touchant quasiment l'ensemble du droit commun des contrats. On peut, à titre d'exemples, citer les solutions prononcées en matière d'erreurs sur les qualités substantielles¹⁵², celles relatives à l'étendue et au contenu de l'obligation d'information précontractuelle¹⁵³, sur les questions de l'indétermination du prix¹⁵⁴ ou en matière de cause¹⁵⁵ et de quasi-contrats¹⁵⁶.

20. Les interrogations suscitées par la réforme au niveau de son influence sur le contentieux relatif au savoir-faire. Longtemps considérée comme l'arlésienne du droit civil, la réforme du droit des contrats a enfin abouti, par le biais des dispositions contenues au sein de l'ordonnance du 10 février 2016 et des modifications apportées par la loi de ratification du 20 avril 2018¹⁵⁷. Il ressort du rapport de présentation de l'ordonnance que le nouveau droit commun des contrats doit être présenté comme une « *codification en droit constant* » de solutions acquises depuis longtemps¹⁵⁸. Formulées de la sorte, les nouvelles dispositions n'ont donc à première vue pas vocation à bouleverser le droit des contrats ni la pratique et le contenu

¹⁴⁹ MAZEAUD (D.) : « Rapport de synthèse, in La franchise : questions sensibles », RLDA 2012, suppl. N°73.

¹⁵⁰ REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJ contrat 2016 p. 20.

¹⁵¹ DISSAUX (N.) : « La rentabilité au cœur du contrat de franchise », D. 2012, p. 2079.

¹⁵² Cass. Com., 4 oct. 2011, n°10-20.956, D. 2011, p.3052 note N. Dissaux.

¹⁵³ Cass. Com., 7 mars 2000, n°97-15.396, RTD Civ 2000, p.829, note J. Mestre.

¹⁵⁴ Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n°91-19.653, RTD Com, 1996, p.316, obs. B. Bouloc.

¹⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996, n°94-15.614, D.1997, p.57 obs. D. Ferrier.

¹⁵⁶ Cass. Com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, CCC 2007, comm. n°298, obs. M. Malaurie-Vignal.

¹⁵⁷ L. n°2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations.

¹⁵⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

des contrats de franchise. Cependant, une telle formulation est assez maladroite pour deux raisons. Premièrement, elle reviendrait à contredire les objectifs affichés dans la loi d'habilitation de 2015, lesquels visent à clarifier les grands principes de la matière afin de garantir et de parvenir à une meilleure sécurité juridique. Deuxièmement, et c'est plus fâcheux, elle conduit à faire naître dans l'esprit des praticiens un faux sentiment de sécurité¹⁵⁹. Si la réforme ne constitue qu'une codification des solutions jurisprudentielles à un « *instant T* », quelle portée donner aux nouvelles dispositions en matière d'offre, d'avant-contrat ou encore d'imprévision ? Que dire des jurisprudences existantes qui apparaissent brisées, comme celle de l'arrêt *Consorts Cruz*¹⁶⁰ ? Il convient donc, eu égard au contenu de la réforme, de mettre en garde les praticiens sur le fait que certaines de ces dispositions sont susceptibles à terme de modifier la pratique de la franchise¹⁶¹, voire de bouleverser certaines solutions jurisprudentielles. Sans en faire l'inventaire complet, on peut néanmoins en citer quelques-unes :

- Le devoir général d'information prévu à l'article 1112-1 aurait-il pour effet de contraindre le franchiseur, au stade des négociations, à dévoiler les éléments constitutifs de son savoir-faire à son futur franchisé ?¹⁶²
- Le mécanisme de l'article 1112-2, relatif à la protection des informations confidentielles transmises lors des négociations, pourrait-il être utilisé par le franchiseur pour obtenir réparation de son préjudice lorsque le candidat à la franchise aurait intentionnellement dévoilé à un tiers certains des éléments constitutifs du savoir-faire ?¹⁶³
- La modification des conditions de validité et surtout la suppression de la cause auront-elles un impact sur l'action en nullité intentée par le franchisé en cas de défaillance du franchiseur à son obligation d'émission du savoir-faire ?¹⁶⁴

¹⁵⁹ DUTTO (V.) : « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrat 2017, p. 159.

¹⁶⁰ Cass, Civ, 3^{ème}, 15 déc. 1993, n°91-10199.

¹⁶¹ REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJ contrat 2016 p. 20.

¹⁶² V. *infra* n°124

¹⁶³ V. *infra* n°125

¹⁶⁴ V. *infra*. n°83 et s.

- L’indifférence de l’erreur sur la valeur consacrée à l’article 1136 renverserait-elle la jurisprudence élevant la rentabilité au rang de qualité substantielle du contrat de franchise ?¹⁶⁵
- L’exception d’inexécution préventive de l’article 1220 sera-t-elle utilisée par le franchisé pour suspendre le paiement de ses redevances en cas de manquement du franchiseur à son obligation de transmission des évolutions apportées au savoir-faire ?¹⁶⁶
- La disparition du caractère secret du savoir-faire au cours de l’exécution du contrat de franchise, entrainerait-elle la caducité du contrat ?¹⁶⁷

Si cette liste d’interrogations ne saurait être exhaustive, elle permet de mettre en exergue le fait que le savoir-faire est indissociable de la franchise dans son ensemble. L’importance du savoir-faire se révèle tant au niveau des négociations du contrat qu’au cours de la phase d’exécution du contrat. Le franchiseur devra recourir au contrat de franchise ainsi qu’à une multitude de mécanismes légaux afin, d’assurer et d’encadrer la transmission de son savoir-faire d’une part, et d’autre part, afin de pouvoir le protéger et par conséquent en préserver la valeur.

¹⁶⁵ *V. infra.* n°56

¹⁶⁶ *V. infra.* n°114 et s.

¹⁶⁷ *V. infra.* n°31

PLAN DE L'ETUDE

Le savoir-faire constitue l'élément central du contrat de franchise, qui permet de le distinguer parmi les contrats d'affaires et de distribution. Dans l'hypothèse où le franchiseur ne disposerait pas d'un tel savoir-faire, le contrat de franchise pourrait être requalifié, mais surtout, voir sa validité remise en cause par l'un des franchisés de son réseau. Par ailleurs, et afin de pouvoir tirer profit de son savoir-faire, le franchiseur sera dans l'obligation de le commercialiser. Or, cette commercialisation passe nécessairement par sa transmission au futur franchisé, transmission qui constitue une condition de validité propre au contrat de franchise. En d'autres termes, le savoir-faire relève de l'essence même du contrat de franchise puisqu'il constitue ni plus ni moins qu'un des éléments essentiels de ce contrat **(PREMIÈRE PARTIE)**.

Le savoir-faire, du fait de sa valeur marchande, doit être considéré comme un bien économique et non exclusivement juridique car il s'agit avant tout d'un bien immatériel et par conséquent non susceptible d'appropriation. Or, en raison de son caractère immatériel, le franchiseur se retrouve propriétaire seulement de fait et non de droit de son savoir-faire, ce qui pose la problématique de la protection de ce dernier. Les règles issues du droit de la propriété intellectuelle sont pour la plupart exclues car selon les différentes définitions issues de la jurisprudence, le savoir-faire est composé d'une somme d'informations secrètes et non brevetables. De plus, l'exigence de confidentialité qui entoure les éléments constitutifs du savoir-faire, ne permettent pas de recourir à tous les mécanismes de protection en vigueur. Les enjeux entourant la protection du savoir-faire sont tellement importants que la doctrine a été jusqu'à dégager une expression spécifique au savoir-faire : « *la réservation* ». Elle renvoie à l'idée que le franchiseur souhaite réserver son savoir-faire pour lui seul et le communiquer à un nombre restreint de partenaires qu'il aura personnellement choisi, illustrant ainsi le caractère « *intuitu personæ* » du contrat de franchise. La réservation du savoir-faire, autrement dit sa protection, constitue un enjeu majeur pour le franchiseur afin de préserver la valeur marchande de son savoir-faire ainsi que d'assurer la pérennité de son réseau **(SECONDE PARTIE)**.

PREMIÈRE PARTIE :

**Le savoir-faire, un des éléments
essentiels du contrat de franchise**

« Le savoir-faire consiste en un ensemble de connaissances, transmissibles non immédiatement accessibles au public, et non brevetées, et pour lesquelles quelqu'un serait disposé à payer pour en avoir connaissance »

Jean- Marc MOUSSERON¹⁶⁸.

21. La pratique américaine des accords de franchise, à l'origine de la conception française du savoir-faire. Sans minimiser l'apport des instances européennes sur la pratique des accords de franchise, il faut bien admettre que l'influence américaine sur cette dernière est telle qu'elle se retrouve dans la manière dont les praticiens français exploitent à leur tour ce mode de distribution. Elle se manifeste également, en toute logique, dans les différentes définitions employées par la jurisprudence et la doctrine, pour tenter d'établir une sorte de vocabulaire juridique propre aux contrats de franchise. Ainsi la notion de savoir-faire, appréhendée dans sa globalité, est directement inspirée et dérivée d'un terme spécifique à la législation anglo-saxonne en matière de propriété intellectuelle : « *Know How* »¹⁶⁹. Si, pendant des années, la jurisprudence lui a préféré la notion de secret de fabrique¹⁷⁰, il faudra attendre 1967¹⁷¹ pour que l'expression « *savoir-faire* » soit utilisée pour la première fois¹⁷².

22. Le savoir-faire, l'élément cardinal du contrat de franchise. Etant placée depuis longtemps au centre d'un long feuilleton jurisprudentiel¹⁷³, la qualification juridique du savoir-faire n'en finit plus de faire débat au sein de la doctrine¹⁷⁴. Doit-il être considéré comme un

¹⁶⁸ LARRIEU (J.) : « Le savoir-faire de la sage-femme ». Propr. ind. n°5, mai 2010 comm 33.

¹⁶⁹ MOUSSERON (J-M.) : « Aspects juridiques du know how », Cah. dr. entr. n°1, 1972, p. 1, spéc. p.2

¹⁷⁰ Cass. Crim., 30 déc. 1931, Gaz. pal. 1936. 1. 333.

¹⁷¹ CA. Douai., 16 mars 1967, D. 1967, p. 637.

¹⁷² SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « Savoir-faire », Rép. com, févr. 2009, n°2 et s.

¹⁷³ CARON (C.) : « Le droit d'auteur n'est plus au parfum », CCE, n°9, sept 2006, comm 119.

¹⁷⁴ BINCTIN (N.) : « L'apport en société de savoir-faire », AJCA, 2015, p. 355.

bien à part entière ? Peut-il faire l'objet d'une appropriation par l'utilisation des règles relatives au droit de propriété ? Malgré la présence de ce débat récurrent, la doctrine s'accorde unanimement pour affirmer que le savoir-faire constitue l'élément fondamental, si ce n'est l'élément cardinal, du contrat de franchise¹⁷⁵. Certains auteurs prétendent, de manière encore plus tranchée, que l'intérêt principal et unique du recours aux accords de franchise réside dans la seule présence d'un savoir-faire¹⁷⁶. Pour tenter de matérialiser l'importance du savoir-faire au sein des accords de franchise, trois remarques conviennent d'être formulées. Premièrement, pour reprendre l'expression utilisée en doctrine, le savoir-faire constitue l'essence même du contrat de franchise¹⁷⁷. Comme il conviendra de l'étudier par la suite, le recours à cette forme contractuelle, doit permettre à une personne dénuée de tout sens des affaires, ou n'ayant aucune expérience dans un secteur d'activité, de jouir d'un avantage concurrentiel, lui permettant ainsi de réitérer à son tour, le succès commercial d'un concept éprouvé par le passé¹⁷⁸. Deuxièmement, l'inexistence ainsi que l'absence de transmission d'un réel savoir-faire, entraînent des conséquences importantes sur le terrain de la validité même du contrat de franchise¹⁷⁹. Enfin, troisièmement, la notion de savoir-faire permet de distinguer les accords de franchise, des autres modes de distribution, parfois similaires¹⁸⁰. La place centrale dévolue au savoir-faire au sein du contrat de franchise, a pour conséquence de faire reposer aussi bien sur le franchiseur, que sur ses franchisés un certain nombre d'obligations spécifiques (**Titre 2**). Toutefois, avant même d'aborder les questions relatives aux contenus de ces dernières, encore faut-il réussir à appréhender la notion de savoir-faire dans sa globalité, en dégagant l'ensemble de ses éléments constitutifs (**Titre 1**).

¹⁷⁵ BASCHET (D.) : « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », Gaz. pal. 1994, 1, doctr., p. 609 et s ; TADDUNO (J.) : « Le savoir-faire, point névralgique du contrat de franchise », www.officieldelafranchise.fr, 19 mars 2015.

¹⁷⁶ GAST (O.) : « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir- réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9.

¹⁷⁷ LEGAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

¹⁷⁸ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} éd, DUNOD, 2009, p.14.

¹⁷⁹ BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) : « Choix de la franchise », Fasc. 1051, J.-Cl, n°41 et s.

¹⁸⁰ SIMON (F-L.) : « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.13.

Titre 1 : Les éléments constitutifs du savoir-faire

23. De la conception *classique* à la conception *moderne* du savoir-faire. Le « *droit de la franchise* », constitué pour l'essentiel du droit commun des contrats et de dispositions spécifiques situées dans le Code de commerce¹⁸¹, ne donne quasiment aucune définition du savoir-faire¹⁸². S'il est revenu à la jurisprudence, et à la doctrine, de dégager une telle définition, la plus connue d'entre elles reste sans aucun doute celle du Professeur J-M. MOUSSERON selon laquelle : « *le savoir-faire consiste en un ensemble de connaissances, transmissibles, non immédiatement accessibles au public, et non brevetées, et pour lesquelles quelqu'un serait disposé à payer pour en avoir connaissance* »¹⁸³. Toutefois, face à l'infinie variété de définitions proposées par la doctrine, il convient de remarquer qu'elles sont en grande partie influencées par les différents textes internationaux¹⁸⁴. Ainsi, l'article 39 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce fait référence indirectement au savoir-faire, à travers la notion de « *renseignements non divulgués* »¹⁸⁵. En effet, les éléments constitutifs de ces derniers se rapprochent de ceux du savoir-faire, puisqu'ils devront être à la fois secrets, disposer d'une valeur marchande, et faire l'objet de tout un ensemble de mesures de protection afin de garantir leurs inaccessibilités aux yeux des tiers¹⁸⁶. Mais, c'est réellement les textes européens qui ont donné naissance à la définition classique du savoir-faire propre aux accords de franchise¹⁸⁷. Le savoir-faire y est défini comme un

¹⁸¹Cependant le nouvel art. L.341-2, II, 3° issu de la l. du 6 août 2015, parle de savoir-faire substantiel, spécifique et secret, sans donner une quelconque définition.

¹⁸²DONDERO (B.) : « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », JCP E n°46, 15 nov. 2012, 1671.

¹⁸³MOUSSERON (J-M.) : « Aspects juridiques du *know-how* », JPC E, supplément 1, 1972, p.1-14.

¹⁸⁴SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.

¹⁸⁵Accord ADPIC annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce signé le 15 avril 1994 à Marrakech.

¹⁸⁶V. Art. 2-1 de la Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation, et la divulgation illicites, qui reprend quasiment à l'identique les dispositions de l'art. 39 de l'ADPIC.

¹⁸⁷SAUTTER (L.) : « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », AJCA, 2015, p. 350.

« ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel, et identifié »¹⁸⁸. Ce triptyque a longtemps été indissociable de la notion de savoir-faire au sein des accords de franchise, à tel point que la jurisprudence a refusé pendant bien des années de reconnaître la qualification de savoir-faire¹⁸⁹ à un ensemble d'informations ne regroupant pas ces trois conditions¹⁹⁰. Toutefois, sous l'influence de la doctrine¹⁹¹, la jurisprudence a quelque peu évolué vers plus de souplesse et reconnaît désormais l'existence d'un tel savoir, alors même que certains éléments constitutifs seraient partiellement absents¹⁹².

Si la conception dite « classique » a pendant longtemps reçu les faveurs de la jurisprudence (**Chapitre 1**), il semble qu'elle ne corresponde plus à la pratique contemporaine des accords de franchises, qui ont permis l'émergence d'une conception « moderne » du savoir-faire (**Chapitre 2**).

¹⁸⁸Art. 1^{er} du Règlement CEE n°4087/88 de la Commission du 30 nov. 1988.

¹⁸⁹VIENNOIS (J.-P.) : « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause et réticences dolosives », JCP G, n°30, 23 juill. 2003, II, 10127.

¹⁹⁰ANCELIN (O.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA, 2015, p. 333.

¹⁹¹BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée – Rennes 1997, p.192

¹⁹²MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998, n°3, p.14.

Chapitre 1 : La conception dite « classique » du savoir-faire

24.Plan. La conception classique renvoie expressément aux définitions établies par les instances européennes. Il résulte de ce corpus de textes qu'un ensemble d'informations n'emportera la qualification de savoir-faire, condition indispensable à la reconnaissance d'un contrat de franchise, que si ces informations sont cumulativement secrètes (**Section I**), substantielles (**Section II**) et identifiées (**Section III**).

Section I : Le caractère secret de l'information

25. Le caractère secret du savoir-faire matérialisé par une double exigence. Parmi la multitude de définitions tentant d'appréhender la notion de secret propre au savoir-faire¹⁹³, c'est le règlement d'exemption de 1988 qui en donne la définition la plus complète et la plus précise. Le caractère secret y est défini comme : « *le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible ; cette notion ne doit pas être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur* »¹⁹⁴. Ainsi, la spécificité du secret attachée au savoir-faire se traduit dans la pratique par une double exigence aux finalités certes différentes mais complémentaires. Tout d'abord, et c'est d'ailleurs l'idée centrale exprimée par les différents règlements européens, l'impératif de secret exige que le champ des personnes qui ont connaissance des informations transmises soit assez restreint. Elles devront aussi s'avérer être difficiles d'accès pour les tiers au contrat, qui ne pourront les obtenir que par le biais de longues recherches personnelles, ou en adhérent au réseau du franchiseur. Par ailleurs, il découle de l'impératif de secret une exigence de confidentialité qui se rattache davantage à la protection

¹⁹³ KAHN (M.), « *Franchise et Partenariat* », 5e éd, DUNOD, 2009, p.14.

¹⁹⁴ Art. 1-3-g du règlement n°4087/88 du 30 nov. 1988.

du savoir-faire qu'aux composantes du caractère secret. En effet, l'exigence de confidentialité constitue l'un des outils au service du franchiseur qui a pour unique objet d'assurer en partie, la « *réserve* » de son savoir-faire dans le but de maintenir sa valeur commerciale¹⁹⁵, ainsi que pour pérenniser de façon durable son enseigne¹⁹⁶. Ainsi, la divulgation au public des éléments constitutifs du savoir-faire aura pour principale conséquence d'entraîner une dépréciation significative de sa valeur marchande¹⁹⁷.

26. La distinction entre le savoir-faire et les notions voisines. Ce premier élément de définition permet de distinguer le savoir-faire propre au contrat de franchise de notions assez proches¹⁹⁸. Ainsi, le savoir-faire ne s'apparente pas au « *tour de main* »¹⁹⁹ qui regroupe notamment les connaissances que le candidat néophyte ou le franchisé seraient à même d'appréhender par leurs propres moyens, du fait de leurs expériences personnelles²⁰⁰. Il se distingue également des règles de l'art, qui sont constituées de l'ensemble des connaissances acquises par les hommes de métiers dans le cadre de l'exercice de leurs activités professionnelles²⁰¹.

27. L'appréciation du caractère secret du savoir-faire. La notion de secret ne doit pas être entendue de façon restrictive, mais doit être appréciée de manière suffisamment globale par les juges du fond afin de déterminer la réalité effective du savoir-faire²⁰². En effet, en raison du succès de la franchise comme mode de distribution, il est de plus en plus probable qu'une des informations privilégiées constitutives du savoir-faire soit déjà connue de plusieurs autres agents économiques, notamment des réseaux concurrents. La qualification de contrat de franchise doit-elle cependant être écartée ? Pas nécessairement. En effet, cette qualification subsiste si la transmission des informations s'est révélée être utile pour le candidat néophyte

¹⁹⁵ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°117 et s.

¹⁹⁶ INFOREG : « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », Cah. dr. entr. n°2, mars 2016, prat. 6.

¹⁹⁷ HAAS (G.), FALCONIERI (E.), O'RORKE (W.) : « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », IP/IT 2017, p. 313

¹⁹⁸ Cass. Com., 13 juill. 1966, JCP CI 1967, II, 81684, note P. Durand.

¹⁹⁹ FABRE (R.) : « La réserve du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc 4200, p. 10.

²⁰⁰ Cass. Com., 3 mai 2012, n°11-14.290 et Cass. Crim., 23 juill. 1956, Bull. Crim. 1956, n°566.

²⁰¹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause », CCC n°12, déc. 2010. comm. 270

²⁰² MAROT (Y.) : « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 août 1994, n°92.

qui n'aurait pu arriver à un tel résultat sans avoir entrepris de longues et parfois infructueuses recherches. Dans ce cas-là, la qualification de franchise doit demeurer. Au final, ce ne sont pas les informations prises isolément qui doivent être secrètes. En pratique, le caractère secret devra se retrouver dans le résultat de l'articulation des différentes informations émises par le franchiseur qui constitueront à terme, le savoir-faire²⁰³.

28. Le caractère secret inconciliable avec des informations déjà connues ? En outre, le caractère secret ne fait pas peser sur les épaules du franchiseur une quelconque obligation de nouveauté, élément exigé par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle en matière de brevet²⁰⁴. Ainsi, les informations qui doivent être considérées comme privilégiées peuvent en toute hypothèse reposer sur des données qui ne sont ni nouvelles, ni originales, mais dont la réunion doit conférer au concept une certaine « *singularité* »²⁰⁵. De l'aveu même de certains professionnels du secteur, il est quasiment impossible que l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire soient nouveaux ou inconnus²⁰⁶. Un arrêt résume d'ailleurs ce constat qui affirme que « *l'action en nullité du contrat de franchise doit être rejetée lorsque, la marque du franchiseur jouissant d'une notoriété certaine soutenue par une publicité et s'agissant d'une franchise de service dans un domaine où les connaissances utilisables sont à la portée de tous, c'est moins l'originalité et l'exclusivité des éléments constituant le savoir-faire que l'expérience du franchiseur dans l'assemblage et l'exploitation des connaissances et techniques à mettre en œuvre qui caractérisent l'existence d'un savoir-faire* »²⁰⁷. Au final, seule compte l'inaccessibilité pour les tiers à l'originalité qui résulte de l'articulation des différentes informations constitutives du concept²⁰⁸. Par conséquent, ne saurait être secret un prétendu savoir-faire qui reposerait exclusivement sur l'utilisation d'une machine²⁰⁹, d'un camion²¹⁰, ou qui ne saurait être que la

²⁰³ KAHN (M.), « *Franchise et Partenariat* », 5e édition, DUNOD, 2009, p.17.

²⁰⁴ LEBOIS (A.) : « Informations techniques et savoir-faire », LEPI, 15 juill. 2012, n°07, p. 5.

²⁰⁵ CA. Paris., 8 mars 1996, *D.* 1996, p. 108.

²⁰⁶ LELOUP (J-M.) : « *Droit et pratique de la Franchise* », 4^{ème} éd., DELMAS, 2004, p. 35.

²⁰⁷ CA. Paris. 16 avr. 1991. *D.* 1992 p 391

²⁰⁸ Cass. Com., 3 mai 2012, n°11-14290.

²⁰⁹ CA. Paris, 22 sept. 1992, *D.* 1995. p.76

²¹⁰ CA. Paris 28 avr. 1978, *Juris-Data* n°1980-763557.

simple reproduction de la législation relative à l'activité de garderie²¹¹, dans le sens où ces informations sont facilement accessibles pour un candidat néophyte.

29. La préservation de la valeur commerciale du savoir-faire à travers le caractère secret. La valeur commerciale du savoir-faire, qui repose quasi intégralement sur l'inaccessibilité pour les tiers aux informations transmises, permet d'affirmer encore un peu plus que la condition de secret constitue l'élément incontournable au sein même de la conception classique²¹². C'est justement parce qu'il est à la fois inconnu et inaccessible pour les néophytes animés par une volonté réelle d'en tirer un avantage à leurs profits, qu'une méthode se relèvera précieuse sur le plan économique pour le franchiseur. Pour ce dernier, et notamment sa société, le savoir-faire occupera une place importante au sein de son patrimoine mais sera surtout générateur d'une importante source de revenus²¹³. Toutefois, le savoir-faire, qui peut être présenté comme un « *bien immatériel* », n'est pas susceptible d'appropriation, sauf à travers l'exigence de confidentialité. Ainsi, l'obligation de non divulgation du savoir-faire, imposée par les contrats de franchise, se révèle être une condition nécessaire et indispensable au maintien de sa valeur²¹⁴. D'ailleurs, cette obligation de discrétion se retrouve aussi dans le caractère exclusif du concept, caractère en l'absence duquel cette réussite n'aurait pu être possible²¹⁵. Concrètement, le franchiseur dispose d'un réel pouvoir discrétionnaire dans le choix de ses futurs franchisés²¹⁶. Ces derniers sont donc prêts à verser une certaine somme d'argent pour pouvoir adhérer au réseau et bénéficier de l'avantage concurrentiel que va leur procurer la communication du savoir-faire²¹⁷. C'est d'ailleurs l'exercice d'un tel pouvoir par le franchiseur qui permettra, entre autres, de qualifier les accords de franchise de contrats *intuitu personæ*²¹⁸.

²¹¹ CA. Chambéry., 31 mars 2015, 13/02706,

²¹² LARRIEU (J.) : « Le savoir-faire de la sage-femme », PI. n°5, mai 2010, comm.33

²¹³ BRIAND (D.) : « Cessions et réseaux de distribution », Rev. proc. coll n°2, mars 2015, dossier n°33.

²¹⁴ LELOUP (J-M.) : « *Droit et pratique de la Franchise* », 4^{ème} éd, DELMAS, 2004, p. 37.

²¹⁵ DANOS (F.) : « *Propriété, possession et opposabilité* », Economica, 2007.

²¹⁶ ZENATI-CASTAING (F.) : « *Les biens* », 3^{ème} éd, PUF, 2008, n°194.

²¹⁷ BINCTIN (N.) : « L'apport en société de savoir-faire », AJCA 2015, p. 355.

²¹⁸ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « *L'intuitu personae* est de l'essence du contrat de franchise », CCC n°2, févr. 2012, comm. 42.

30. L'appréciation étendue de l'impératif de secret entourant le savoir-faire par la jurisprudence. Pour illustrer ce qui vient d'être détaillé, il est primordial d'aborder ce qui est considéré par beaucoup d'auteurs comme étant les deux décisions incontournables au sujet du caractère secret, dans la mesure où elles appréhendent aussi bien les exigences que les conséquences qui découlent de celui-ci²¹⁹. Dans la première espèce, une société concède à une autre pour une durée de dix ans, un procédé de fabrication de boutons élaboré à partir d'une matière synthétique. Outre la concession de ce procédé, la société concédante s'engage aussi à apporter une assistance en contrepartie du versement par l'autre d'une redevance proportionnelle au tonnage utilisé. Quelques années plus tard, la société concédante assigne son partenaire pour non paiements de cette dernière, et demande en sus des dommages et intérêts, le prononcé de la résiliation du contrat aux torts exclusifs de celui-ci. Les juges du fond accueillent favorablement ses demandes, et le licencié se pourvoit en cassation en invoquant l'absence de cause du contrat au motif qu'un procédé de fabrication ne peut être cédé en contrepartie du paiement d'une redevance qu'à la condition de présenter un intérêt pratique véritable et d'être resté secret, ce qui ne saurait être le cas du procédé proposé qui était déjà dépassé mais également connu des professionnels du secteur. Par un considérant de principe sans équivoque, la Chambre commerciale affirme que : « *la cour d'appel, répondant aux conclusions de la société (licenciée), énonce, à bon droit, qu'en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main, encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son co-contractant un avantage appréciable, dont il est ainsi autorisé à subordonner l'octroi au versement de redevances [...]* »²²⁰. Si la Cour de cassation évoque partiellement la notion toute aussi importante de substantialité par l'emploi de l'expression d'avantage appréciable, c'est le caractère secret qui est mis ici au premier plan²²¹. En effet, celui-ci impose que les informations communiquées soient difficiles d'accès pour les tiers au contrat²²². Mais elle affirme aussi qu'en raison de la transmission d'un savoir-faire, le franchisé

²¹⁹ GOUACHE (J.-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Choix de la franchise », Fasc. 1051, JCl., Contrats – Distribution n°35 et s.

²²⁰ Cass. Com., 13 juill. 1966, JCP CI 1967, II, 81684, note P. Durand.

²²¹ DEVESA (P.) et BOYE (E.) : « Savoir-faire – Contrat de savoir-faire non breveté », JCl., Contrats – Distribution, Fasc. 1860, n°21 et s.

²²² LORAN (A.) et CHRISTOPHE (H.) : « Le savoir-faire : le parent pauvre des incorporels ? », Dr. fisc. n°40, 6 oct. 2016.

va réaliser une économie de temps et de capitaux qui auraient été indispensables dans l'hypothèse où il n'aurait pas adhéré au réseau, afin de parvenir à un résultat se rapprochant le plus possible du concept communiqué²²³. D'ailleurs, si cette décision est considérée comme étant une solution de principe, c'est parce que la notion d'économie de temps et de capitaux se retrouve dans l'ensemble de la jurisprudence relative au caractère secret du savoir-faire, dont la plus représentative est sans aucun doute la saga jurisprudentielle « *Ribeirou* ». En l'espèce, un franchiseur avait mis au point, dans le secteur de la boulangerie, un savoir-faire qui reposait sur deux techniques pourtant bien connues des professionnels du secteur. Il s'agissait, d'une part, d'un processus de panification traditionnel et, d'autre part, de la technique dite de la « *poussée contrôlée* » qui permettait une meilleure conservation de la pâte à pain. Face à des résultats économiques décevants, quelques franchisés ont agi à l'encontre du franchiseur afin d'obtenir la nullité du contrat. Ils prétendaient que ce dernier était dépourvu d'un quelconque savoir-faire original, dans la mesure où celui-ci ne reposait que sur des processus largement connus des professionnels du secteur. La Cour d'appel de Paris, par une série d'arrêts, a accueilli favorablement leurs demandes et a prononcé la nullité des différents contrats au motif « *que le procédé de panification bien connu des boulangers n'était qu'une adaptation des méthodes traditionnelles permettant d'obtenir des gains de productivité* »²²⁴. Le raisonnement de la Cour d'appel reposait ici sur l'idée selon laquelle le procédé du franchiseur ne constituait pas un véritable savoir-faire dans la mesure où les informations communiquées étaient largement connues des professionnels du secteur²²⁵. La Cour de cassation adopta, quant à elle, une vision radicalement différente et affirma de manière solennelle qu'en « *se déterminant ainsi, sans rechercher si le savoir-faire transmis, à la date du contrat, ne comportait pas un ensemble de techniques, informations et services, qui permettait à la société (du franchisé), dépourvue de toute formation ou expérience dans le domaine de la boulangerie, de prendre en main un tel commerce en mettant en œuvre des procédés qu'elle n'aurait pu découvrir qu'à la suite de recherches personnelles longues et coûteuses, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* »²²⁶. Pour la Haute juridiction, la dispense des recherches qu'auraient dû effectuer le

²²³ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Contrat de licence de savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4710, n°2.

²²⁴ CA. Paris., 9 févr. 2011, trois arrêts, n°08/13445, n°08/22867 et n°08/22852.

²²⁵ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Faute d'un véritable savoir-faire, un contrat de franchise peut être annulé », CCC n°8, août 2011, comm.192.

²²⁶ Cass. Com., 3 mai 2012, trois arrêts, n°11-14.289, n°11-14.290 et 11-14.291.

franchisé, constitue d'une part, une composante essentielle du caractère secret du savoir-faire, mais également d'autre part, un motif déterminant ayant conduit le franchisé à adhérer au réseau du franchiseur.

31. Quid des effets de la disparition du caractère secret du savoir-faire au cours de l'exécution du contrat de franchise. Cependant, si pour certains auteurs la contrainte liée à l'inaccessibilité des informations transmises explique en partie les difficultés rencontrées par la doctrine pour dégager une définition précise et harmonieuse du savoir-faire²²⁷, pour d'autres, elle constitue une condition de validité à part entière des accords de franchise qui conduit à s'interroger sur la sanction applicable dans le cas où les informations transmises tomberaient dans le domaine public au cours de la période d'exécution, perdant ainsi leur caractère secret²²⁸. En effet, la communication par le franchiseur d'un savoir-faire, nécessairement secret, au franchisé constitue la cause, ou, dorénavant, la raison principale de l'engagement de ce dernier²²⁹. Pour reprendre la formulation employée par le nouvel article 1169 du Code civil, elle caractérisera la « *contrepartie* » au paiement par le franchisé des droits d'entrées afin de pouvoir bénéficier d'un savoir-faire dont une minorité de personnes ont en réalité connaissance²³⁰. Or, sous l'empire des textes anciens, les conditions de validité du contrat, et l'exigence d'une contrepartie convenue, n'étaient contrôlées qu'au moment de la formation de celui-ci²³¹. La disparition de l'une d'elles en cours d'exécution du contrat n'avait pas pour effet d'affecter sa validité. La jurisprudence avait ainsi, dans sa quasi majorité, toujours privilégié les sanctions propres aux manquements contractuels que sont la résiliation et la résolution, jugées plus respectueuses du principe de la force obligatoire des conventions²³². La doctrine avait d'ailleurs résumé la position de la jurisprudence dans une formule restée célèbre : « *cause à l'origine, cause toujours !* »²³³. Toutefois, la Cour de cassation avait innové en consacrant

²²⁷ FERRIER (D.) : « Éléments constitutifs du savoir-faire que le franchiseur doit transmettre au franchise ». *D.* 1995 p.76.

²²⁸ SIMON (F-L.) : « L'exécution du contrat de franchise », *LPA*, 13 nov. 2009, n°227 p.44.

²²⁹ AUGAGNEUR (L-M) : « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *JCP G.* n°30, 27 juill. 2005, I 158.

²³⁰ Cass. Com., 24 mai 1994, CCC. 1994, comm. 191, p.3, obs. L. LEVENEUR.

²³¹ Cass. Soc., 16 mai 2012, *Bull. Civ. V*, n°150.

²³² WESTER-OUISSSE (V.) : « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G* n°4, 24 janvier 2001, *doctr.* 290.

²³³ MAZEAUD (D.) : « L'arrêt Canal *moins* ? » *D.* 2010, p. 2481.

l'existence d'une sanction spécifique lorsque la cause d'un contrat à exécution successive venait à disparaître au cours de son exécution²³⁴. Ainsi, la disparition d'une des conditions de validité au cours de l'exécution du contrat entraînait la caducité du contrat²³⁵. Cependant, cette sanction a longtemps été cantonnée aux contentieux liés aux groupes de contrats ou, plus généralement aux conséquences engendrées par la défaillance d'une condition suspensive²³⁶, alors même que son champ d'application est sensiblement plus étendu, dans la mesure où la caducité permet une « *prise en compte des équilibres contractuels à tout stade de la relation contractuelle* »²³⁷. Elle figure pourtant, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, dans une subdivision de la section IV relative aux sanctions, comprenant les articles 1186 et 1187 du Code civil²³⁸. La caducité se retrouve ainsi tiraillée entre la nullité et la résolution car elle puise dans les objectifs de ces deux sanctions pour définir son propre objectif qui est de venir sanctionner le défaut ou la disparition d'une des conditions de validité du contrat, mais, au stade de son exécution. Les articles 1186 et 1187 posent en effet le principe selon lequel un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît, la caducité ayant pour effet de mettre fin au contrat. Cette formulation utilisée par le législateur pose pour l'avenir son lot de questions, centrées sur l'étendue de son champ d'application²³⁹. Ainsi, il est possible de se demander si la référence aux éléments essentiels effectuée au sein de l'article 1186 renvoie aux conditions de validité, telles que fixées par les articles 1128 et 1162 du Code civil ou, plutôt, aux éléments jugés essentiels par l'une des parties, notamment en ce qui concerne le résultat et/ou le contenu de la prestation attendue ? Pour certains auteurs, la notion d'élément essentiel vise un « *élément indispensable à l'efficacité de l'opération économique* » voulue par les parties²⁴⁰. Si l'on suit cette position, la disparition de la confidentialité de l'information, pendant l'exécution du contrat de franchise, pourrait emporter, au visa des articles 1186 et 1187, la caducité de ce dernier. Au final, la condition de secret, indissociable du savoir-faire exige

²³⁴ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, Bull. civ. I, n°241 ; Cass. Com., 29 juin 2010, JCP 2010, n°1056, note Favario.

²³⁵ DISSAUX (N.) : « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », AJ contrat 2017, p. 10.

²³⁶ FAGES (B.) : « La caducité de la promesse n'emporte pas qu'une faute soit reconnue dans la rupture des pourparlers poursuivis par les parties », RTD civ 2011, p. 345.

²³⁷ WESTER-OUISSE (V.) : « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », JCP G n°4, 24 janvier 2001, doct. 290.

²³⁸ SEUBE (J-B.) : « Contrat : caducité du contrat », JCl. Notarial, Fasc. 121-1, n°1 à 3.

²³⁹ MEKKI (M.) : « Réforme du droit des contrats : la caducité », JCP N n°2, 13 janv. 2017, act. 126.

²⁴⁰ CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} ed. Dalloz, 2018, p. 410 et s.

que l'ensemble des éléments qui composent la méthode commercialisée soient difficilement accessibles pour l'ensemble des personnes qui sont extérieures à la relation contractuelle. Cependant, cette condition est intimement liée à une autre condition, qui tient à ce que le savoir-faire soit substantiel, autrement-dit qu'il procure sur le plan concurrentiel, un avantage au franchisé.

Section II : Le caractère substantiel du savoir-faire

32. De la dualité entourant le caractère substantiel du savoir-faire. L'étude du caractère substantiel semble accentuer, de manière encore plus prononcée, l'idée selon laquelle, du fait de son importance au sein du contrat de franchise, le savoir-faire constitue la clé de voute de ce dernier²⁴¹. En raison de l'absence de normes nationales en la matière, il convient une nouvelle fois de se tourner vers les différents textes promulgués par les instances européennes, auxquelles est revenu le soin d'appréhender cette notion de substantialité. L'actuel règlement européen définit celle-ci, par le fait que le savoir-faire doit être : « *significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels* »²⁴². A titre liminaire, il convient d'affirmer que ce dernier rompt avec les définitions formulées par les anciens règlements de 1988²⁴³ et 1999²⁴⁴, dans la mesure où il abandonne l'exigence selon laquelle les informations constitutives du savoir-faire devaient être importantes voire indispensables pour le franchisé²⁴⁵. Toutefois, malgré la différence de terminologie employée, il ne fait aucun doute que ces informations seront perçues par le

²⁴¹AC FRANCHISE : « Le savoir-faire comme clé de voute du contrat de franchise », <https://ac-franchise.com/article/un-contrat-de-franchise-clair-et-precis-evite-les-litiges> consulté le 25 oct. 2020 ; BASCHET (D.) : « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », Gaz. pal. 1994, I, doct., p. 609.

²⁴²Art. 1-g du Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avr. 2010 ; FERRIER (D.) : « La distribution sélective dans le cadre du nouveau règlement n°330-2010 », JCP E n°3, 20 janv. 2011, p. 1029.

²⁴³Art. 1-3-h du Règlement (CEE) n°4087/88 de la Commission du 30 nov. 1988 « *Le savoir-faire doit inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière ; le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché* ».

²⁴⁴Art. 1-f du Règlement (CE) n°2790/1999 de la Commission du 22 déc. 1999 : « *signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels* ».

²⁴⁵SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.

franchisé comme étant indispensables²⁴⁶. Ainsi, il ressort de la définition actuelle mais également de la jurisprudence, que l'exigence de substantialité ne pourra être respectée que si les informations communiquées réunissent impérativement deux conditions cumulatives, à savoir d'être importantes ou significatives au franchisé pour lui permettre de maîtriser l'exécution d'une prestation (**Paragraphe I**), mais aussi, de s'avérer utiles afin d'améliorer sa position concurrentielle (**Paragraphe II**)²⁴⁷.

Paragraphe I : Du caractère significatif des informations transmises.

33. De l'appréciation par le franchisé de l'importance des informations transmises. L'ensemble des informations qui composent le savoir-faire se doivent d'être importantes, essentielles voire indispensables aux yeux du franchisé²⁴⁸. En raison de leurs importances, les informations qui seront communiquées par le franchiseur devront permettre à un néophyte d'acquérir de façon immédiate une technique commerciale qui a su prouver son efficacité par le passé²⁴⁹. Cela découle du fait que la franchise repose sur la réitération d'une réussite commerciale rendue possible par le succès du franchiseur²⁵⁰, mais surtout, en raison de l'expérience accumulée par celui-ci²⁵¹. Il faut souligner que ces informations devront être perçues par le franchisé comme essentielles afin de constituer la contrepartie légitime à l'obligation qui lui est faite de verser, dès la signature du contrat, une somme d'argent plus ou moins importante qui correspondra au montant des droits d'entrée²⁵². Si ces informations sont vitales aux yeux du franchisé, c'est parce qu'elles lui permettront en théorie de réaliser une économie substantielle en matière de recherche et de développement²⁵³. En effet, en adhérant à

²⁴⁶ V. art. 1-1-ii du Règlement (UE) n°316/2014 de la Communauté du 21 mai 2014, relatif à l'application de l'article 01, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, qui évoque le caractère important des informations constitutives du savoir-faire : « *substantiel : c'est-à-dire important et utile pour la production de produits contractuels* »

²⁴⁷ SCHMIDT-SZALEWSKI (L.) : « Le secret du bon savoir-faire », PI. n°3, mars 2004, comm. 27.

²⁴⁸ INFOREG : « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », Cah. dr. entr. n°2, mars 2016, prat. 6.

²⁴⁹ Cass. Com., 24 mai 1994, CCC. 1994, comm. 191, p.3, obs. L. LEVENEUR.

²⁵⁰ CA. Paris. 16 avr. 1991. D. 1992 p 391.

²⁵¹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Faute d'un véritable savoir-faire, un contrat de franchise peut être annulé », CCC n°8, aout 2011, comm.192.

²⁵²LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000

²⁵³DEMARET (P.) : « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E, n°48, 27 nov. 1986, 14816.

un réseau, le franchisé se trouvera par conséquent dispensé d'entreprendre un certain nombre de recherches, parfois longues et périlleuses, dont l'objectif aurait été à terme de concevoir un savoir-faire qui se rapproche au maximum de celui dont est déjà titulaire le franchiseur²⁵⁴. D'ailleurs, la jurisprudence n'hésite pas à prononcer la résiliation du contrat aux torts exclusifs du franchiseur lorsque ce dernier s'est contenté de transmettre un savoir-faire minimaliste que le franchisé serait à même de parvenir à un résultat similaire du fait de ses propres recherches²⁵⁵. Néanmoins, la simplicité d'un savoir-faire ne constitue pas un frein à la reconnaissance d'un contrat, en contrat de franchise²⁵⁶. Si le règlement européen en vigueur aborde de manière synthétique la notion de substantialité, les anciens règlements communautaires précisaient, quant à eux, ce qu'il fallait réunir sous le prisme de l'importance des informations transmises puisqu'ils exigeaient de ces dernières qu'elles portent sur la présentation des produits, mais aussi sur l'accueil des clients ou encore sur la gestion ainsi que l'administration d'un point de vente²⁵⁷. Toutefois, la réduction du périmètre des informations communiquées à cette liste limitative de connaissances reviendrait, en toute hypothèse, à dénaturer dans son ensemble la notion de savoir-faire. En effet, l'une des forces de la franchise, en tant que mode de distribution, est que le savoir-faire est susceptible, par définition, de porter sur une infinie variété d'activités²⁵⁸. Ainsi, les informations communiquées pourront porter sur : la mise en place d'un programme de fidélité spécifique²⁵⁹, sur l'accueil des enfants en vue de favoriser leur développement²⁶⁰, ou encore sur la mise au point de nouvelles techniques d'accueil de la clientèle²⁶¹. Cependant, en dépit de l'importance des informations transmises, ces dernières devront aussi être complètes et globales afin de porter sur l'ensemble des domaines de la future activité du franchisé²⁶².

²⁵⁴Cass. Com., 24 mai 1994, CCC. 1994, comm. 191, p.3, obs. L. LEVENEUR.

²⁵⁵SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.

²⁵⁶Cass. Com., 16 sept. 1994, n°13-18.710.

²⁵⁷Cass. Com., 19 fév. 1991, n°88-19.809, D.1992 p.391.

²⁵⁸LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000

²⁵⁹CA. Paris., 8 mars 1996, D. 1996, p. 108.

²⁶⁰CA. Paris., 26 avr. 2012, JurisData n°2012-009600.

²⁶¹CA. Paris., 1^{er} mars 1994, JurisData n°1994-020602.

²⁶²Décision 87/14/CEE de la Commission du 17 déc. 1986 relative à une procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE (IV/31.428 à 31.432 – Yves Rocher).

34. L'exigence d'originalité érigée en composante du savoir-faire ? Le caractère substantiel exigerait-il que les produits ou les services proposés comportent un certain degré d'originalité ? Si, pour certains auteurs, l'originalité constitue un des éléments constitutifs du contrat de franchise²⁶³, il n'empêche que l'absence de nouveauté ne saurait nullement s'apparenter comme un obstacle à la reconnaissance, par le juge, de la présence d'un tel contrat²⁶⁴. Pour une partie de la doctrine, cette solution se justifie, par l'absence de toute disposition légale qui viendrait exiger et limiter le recours à la franchise comme mode de distribution à un nombre limité de produits ou de catégories de services. Pour autant, les exigences qui entourent les informations communiquées au franchisé n'imposent pas que celles-ci, soient imprégnées d'une certaine dose de technicité afin que le concept soit novateur ou révolutionnaire. En effet, l'impératif de nouveauté, qui est l'apanage exclusif des inventions brevetables, se retrouve absent au sein des contrats de franchise²⁶⁵. Malgré l'importance que doivent revêtir les informations émises par le franchiseur, ces dernières auront, au final, pour conséquence de faire du franchisé une sorte de commerçant privilégié vis-à-vis de ses concurrents²⁶⁶. Une telle affirmation se justifie à travers le constat selon lequel le franchiseur transmettra, après de longues recherches, des informations relatives à un savoir-faire dont seule une poignée de personnes a, en réalité connaissance²⁶⁷. Cependant, bien que pour être « *franchisable* » un concept n'a pas besoin d'être révolutionnaire, encore faut-il qu'il incorpore un certain degré d'originalité. Cela lui permettra de se distinguer suffisamment des concurrents, même s'il ne s'agit pas d'une condition de validité à part entière²⁶⁸, nonobstant la présence de décisions prononçant la nullité du contrat²⁶⁹. D'ailleurs, si, *a minima*, un certain degré d'originalité peut parfois être exigé, il ne pourra porter que sur l'un des éléments du concept et non sur sa totalité²⁷⁰. De plus, les adjectifs utilisés pour décrire les informations constitutives

²⁶³VOGEL (L.) et VOGEL (J.) : « *Traité de droit économique, Tome 2, Droit de la distribution* », Bruylant 2015, n°453.

²⁶⁴CA. Paris, 18 Juin 1992, *D.* 1995. p. 76.

²⁶⁵LARRIEU (J.) : « Le savoir-faire de la sage-femme », *Prop. ind.* n°5, mai 2010, comm.33

²⁶⁶DISSAUX (N.) : « L'essai en matière de franchise », *RTD Com.* 2015, p. 403.

²⁶⁷MALAUURIE-VIGNAL (M.) : « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire ». *D.* 1997. p. 207.

²⁶⁸MALAUURIE-VIGNAL (M.) : « Contrat de franchise : le caractère banal des informations dispensées ne saurait en soi dénier la valeur du savoir-faire transmis », *CCC* n°6, juin 2012, comm. 152.

²⁶⁹CA. Paris, 22 sept. 1992, *D.* 1995. p.76 ; CA. Paris., 28 avril 1978, *JurisData* n°1980-763557.

²⁷⁰SIMON (F.-L.) : « La formation du contrat de franchise », *LPA*, 13 nov. 2009, n°227, p.23.

du savoir-faire devront être gardés à l'esprit du juge lorsqu'il effectuera son contrôle sur la consistance de ce dernier. En effet, s'il dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain, il devra toutefois se limiter à une analyse sommaire du concept²⁷¹. Il est possible de noter que l'une des conséquences négatives de cette forme d'appréciation réside dans l'utilisation de façon assez maladroite, de la part de la jurisprudence, du terme de « banalité » pour caractériser les informations communiquées²⁷². La doctrine critique, d'ailleurs, l'emploi d'un tel terme car s'il n'emporte aucune conséquence quant à la valeur économique du savoir-faire, il viendrait dénaturer l'exigence de substantialité des informations et notamment leur importance aux yeux du franchisé²⁷³. Il convient de signaler que, dans la franchise de distribution, et de service, les informations constitutives du savoir-faire ne peuvent porter exclusivement sur les seules spécificités physiques du concept, mais doivent aussi faire référence à son potentiel commercial²⁷⁴. Celui-ci réside, notamment, dans la capacité pour le concept de générer un engouement important et immédiat autour du point de vente du franchisé. L'importance des informations transmises revêt par la même occasion une fonction préventive, dans la mesure où elles doivent permettre, à chacun des franchisés de réaliser la même prestation afin de remplir les impératifs, ô combien importants, d'harmonisation et de préservation de l'identité du réseau. Cela est d'autant plus vrai que, dans la franchise de service les informations communiquées devront être encore plus complètes qu'à l'ordinaire dans la mesure où la prestation que devra réaliser le franchisé comportera un certain degré de technicité.

Paragraphe II : L'utilité des informations transmises.

35. L'amélioration de la position concurrentielle du franchisé par la transmission d'un ensemble informations pertinentes. Si un ensemble d'informations nécessite, pour être considéré comme un véritable savoir-faire, de ne reposer exclusivement, par exemple, sur la seule sélection de produits, encore faut-il que ces informations soient utiles pour le franchisé

²⁷¹FERRIER (D.) : « Éléments constitutifs du savoir-faire que le franchiseur doit transmettre au franchisé ». *D.* 1995 p.76.

²⁷²CA. Paris, 7 mars 2012, JurisData n°2012-004743.

²⁷³MALAUURIE-VIGNAL (M.) : « Contrat de franchise : le caractère banal des informations dispensées ne saurait en soi dénier la valeur du savoir-faire transmis », CCC n°6, juin 2012, comm. 152.

²⁷⁴LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000

notamment en améliorant sa position concurrentielle²⁷⁵. S'il peut se révéler difficile pour la doctrine de dégager, pour une multitude de raisons, une définition unanime du savoir-faire, il semble que l'appréciation de manière souveraine par le juge de l'utilité des informations transmises au franchisé se révèle bien plus aisée²⁷⁶. En effet, le juge analysera la situation financière²⁷⁷ ainsi que concurrentielle du franchisé en observant si ce dernier a conquis de manière rapide de nouvelles parts de marché²⁷⁸. Pour mesurer efficacement l'impact de la mise à disposition d'un savoir-faire sur l'activité du franchisé, le juge devra se placer au jour de la conclusion du contrat pour l'apprécier. L'utilité du savoir-faire doit permettre au franchisé de jouir d'un avantage concurrentiel. Toutefois, cet avantage ne saurait être interprété de façon trop restrictive en considérant que le franchisé se retrouverait en position de force vis-à-vis des concurrents déjà implantés. La notion d'avantage concurrentiel signifie, tout simplement, que la mise à disposition d'un savoir-faire au franchisé doit lui permettre de faire jeu égal avec les concurrents dès son installation sur le marché²⁷⁹. En toute logique, les résultats comptables devront être positifs, en raison du fait que le franchisé bénéficiera de l'expérience du franchiseur²⁸⁰, ce qui lui permettra d'exploiter son activité de manière performante²⁸¹, mais aussi, de profiter de la notoriété de la marque, ce qui aura pour effet, en théorie, d'attirer dès l'ouverture du point de vente une clientèle assez importante²⁸². Certains auteurs résument les éléments constitutifs de cet avantage concurrentiel aux seules relations nouées par le franchiseur avec ses différents partenaires économiques. En effet, en adhérant à un réseau, le franchisé va bénéficier en plus de la dynamique commerciale suscitée par la marque²⁸³, des différentes relations nouées par le franchiseur avec ses différents fournisseurs²⁸⁴. Toutefois, les relations entretenues par le franchiseur avec ses différents partenaires ne sauraient suffire, à

²⁷⁵ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998, n°3, p. 14.

²⁷⁶ Cass. Com., 1^{re} juill. 2003, pourvoi n°01-12.699, *D.* 2005, p.154.

²⁷⁷ FERRIER (D.) : « Éléments constitutifs du savoir-faire que le franchiseur doit transmettre au franchisé ». *D.* 1995 p.76.

²⁷⁸ INFOREG : « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », *Cah. dr. entr* n°2, mars 2016, prat. 6.

²⁷⁹ GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Choix de la franchise », Fasc. 1051, *JCl. Contrats – Distribution*, n°36 et s.

²⁸⁰ FERRIER (D.) : « Constitue un contrat de franchise l'ensemble des conventions aménagement une exclusivité de marque et la mise en œuvre d'un concept ». *D.* 2003. p. 2432.

²⁸¹ MAROT (Y.) : « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 août 1994, n°92.

²⁸² LEGEAIS (D.) : « La franchise », *JCP N*, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

²⁸³ CA. Paris, 18 juin 1992, *D.* 1995. p. 76.

²⁸⁴ DE SAINT-POL (F.) : « Procédure collective du franchiseur et cession forcée du réseau : que fait la jurisprudence ? », *JCP E*, n°45, 6 nov. 2014, 1561.

elles seules, à constituer un véritable savoir-faire²⁸⁵. L'utilité même des informations transmises réside dans la faculté à offrir et permettre à un néophyte de pouvoir exercer une activité de manière aussi performante que les autres concurrents implantés sur le marché²⁸⁶. D'ailleurs, l'inexpérience du franchiseur semble, à première vue, incompatible avec la validité même du contrat de franchise, excepté dans l'éventualité où le franchisé accepterait de s'installer dans une zone où le franchiseur n'a jamais expérimenté son concept, notamment à l'étranger²⁸⁷. Le caractère substantiel du savoir-faire constitue, à tort dans l'esprit du franchisé, un gage de réussite quant à sa future activité. En effet, la franchise comme mode d'activité ne constitue pas un rempart face à l'aléa économique et donc au risque d'échec. Au final, il semble donc que le caractère substantiel du savoir-faire mette en lumière une certaine dépendance du contrat de franchise à son égard, dans la mesure où un concept ne pourra s'inscrire dans la durée que s'il se révèle profitable pour ses utilisateurs²⁸⁸. Le franchiseur se devra alors d'innover, de manière continue, dans l'optique de préserver l'attractivité de son réseau, mais aussi, de maintenir cet avantage concurrentiel si cher aux yeux de ses franchisés²⁸⁹.

36. L'interdépendance manifeste entre les exigences d'utilité et d'importance des informations transmises mise en avant par la jurisprudence. En l'espèce, une société rejoint en 2006 un réseau de franchise dont le savoir-faire est basé sur l'activité de conseil en gestion de patrimoine et plus précisément sur les opérations de défiscalisation des opérations immobilières. Une année plus tard, le franchisé signe à la fois un protocole de résiliation du contrat de franchise mais également un contrat de licence d'enseigne et de partenariat commercial. Suite à l'enregistrement d'une perte financière importante en 2008, l'ancien franchisé assigne le franchiseur, en vue d'obtenir d'une part la nullité du protocole de résiliation et du contrat de licence de marque pour vice du consentement, mais aussi la nullité du contrat de franchise pour non respect par le franchiseur de son obligation d'information²⁹⁰, mais surtout pour absence de cause. C'est d'ailleurs ce dernier moyen qui revêt un intérêt indéniable dans

²⁸⁵ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause », CCC n°12, déc. 2010. comm. 270

²⁸⁶ INFOREG : « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », Cah. dr. entr., n°2, mars 2016, prat. 6.

²⁸⁷ CA. Versailles, 27 mai 1993, D. 1995, p. 76.

²⁸⁸ FERRIER (D.) : « Droit de la distribution », Litec 2008, n°681.

²⁸⁹ V. *infra* n°47

²⁹⁰ BARBIER (H.) : « L'erreur sur la rentabilité économique », RTD civ. 2014, p. 109.

l'appréciation dans son ensemble du caractère substantiel du savoir-faire²⁹¹. La Cour d'appel de Paris a rejeté l'ensemble des demandes, y compris celle relative à la nullité du contrat de franchise, au motif « *que le franchisé a acquis un enseignement et une connaissance exhaustive et approfondie du métier de vente de biens mobilier ou immobilier visant à la défiscalisation (...) considérant qu'au regard de l'ensemble (des documents) il y a lieu de considérer qu'il a été transmis aux appelants, lors de la signature du contrat de franchise, un véritable savoir-faire, avec une assistance tant technique que commerciale ; [...]* »²⁹². Pour la Cour d'appel, il ne fait aucun doute que les informations transmises sont constitutives d'un savoir-faire, dans la mesure où elles ont permis au franchisé d'être formé à l'exercice d'une activité et d'un métier. Si la Cour de cassation casse dans son ensemble l'arrêt de la Cour d'appel, elle reconnaît toute de même que du fait de : « *la communication aux franchisés d'informations détaillées portant sur l'ensemble des produits en placement financier et immobilier, ces derniers avaient acquis un enseignement et une connaissance exhaustive et approfondie du métier de ventes de biens mobiliers ou immobiliers visant à la défiscalisation ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel qui a ainsi fait ressortir l'existence d'un avantage concurrentiel et l'originalité du savoir-faire transmis, a légalement justifié sa décision* »²⁹³. Au final, la Cour de cassation retient une conception assez souple du caractère substantiel²⁹⁴. En effet, pour la Haute juridiction, le savoir-faire ne doit pas reposer exclusivement sur des techniques qui seraient inconnues du grand public ou des professionnels du secteur. Mais, il doit nécessairement être élaboré en fonction de la capacité du franchiseur à transmettre un ensemble d'informations importantes et utiles à un candidat néophyte qui lui permettront par la suite d'exercer une activité de manière autonome et performante²⁹⁵. A l'instar de l'exigence d'inaccessibilité, à laquelle sont soumises les informations constitutives du savoir-faire, le caractère substantiel constitue une caractéristique essentielle de celui-ci, plus particulièrement dans l'esprit même du franchisé. Malgré la place centrale de ces deux caractères au sein de la définition classique du savoir-faire, ces derniers ne sauraient masquer une autre exigence, qui

²⁹¹ LEGEAIS (D.) : « Franchise », JCl. Commercial, Fasc. 316, n°28 et s.

²⁹² CA. Paris., 9 mai 2012, n°09/16724.

²⁹³ Cass. Com., 10 déc. 2013, n°12-23.115.

²⁹⁴ FERRIER (D.) : « Concurrence – Distribution – janvier 2013 – décembre 2013 », *D.* 2014, p. 893.

²⁹⁵ PAMIER (J-P.) : « Savoir-faire en franchise : les critères de la Cour de cassation », *Franchise Magazine*, En direct de la rédaction, 15 Juin 2012.

tient à la modélisation du concept sur un support papier ou numérique qui constituera un moyen de preuve indispensable et incontournable à la reconnaissance de son existence.

Section III : Le caractère identifié du savoir-faire.

37. La modélisation du savoir-faire, une condition indispensable à sa transmission. Sans aller jusqu'à révolutionner ni même contrarier les différentes analyses doctrinales à ce sujet²⁹⁶, il est loisible d'affirmer que la franchise, en tant que mode de distribution, nécessite la transmission d'un ensemble de connaissances ou de techniques à un groupe restreint d'individus, en vue de leur conférer un avantage économique et concurrentiel, qui leur permettra d'exercer de manière performante, une activité économique. Cependant, le fait que ces informations soient à la fois secrètes et substantielles, ne saurait suffire à qualifier cet ensemble de véritable savoir-faire²⁹⁷, encore faut-il que l'assemblage des différentes connaissances constitutives du concept, soient identifiées et modélisées dans une panoplie de documents destinée à l'utilisateur final, autrement-dit au franchisé et à ses équipes²⁹⁸. De plus, et indépendamment de la variété de terminologies employées par la doctrine pour les nommer, « *manuel opératoire* » pour certains²⁹⁹, « *bible* » pour d'autres³⁰⁰, leur conception ne doit pas être négligée par le franchiseur car ils présentent la particularité de revêtir dans la pratique tant pour ce dernier, que pour le franchisé, une double utilité.

38. Le manuel opératoire, un outil essentiel à la réussite du franchisé. L'importance de matérialiser au préalable le savoir-faire sur différents supports, sera tout d'abord mise en évidence au stade de la formation du franchisé, mais aussi lors de l'exécution

²⁹⁶ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Franchisage : variétés du franchisage – indépendance et domination dans le franchisage – droit de la concurrence et franchisage », JCl. Contrats – Distribution, fasc. 1045, n°7 et s.

²⁹⁷ ANCELIN (O.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA, 2015, p. 333.

²⁹⁸ Art. 1. du Code de déontologie européen de la franchise, version janv. 2017 ; Art. 1-3-i du Règlement de la Commission n°330/2010 du 20 avr. 2010, concernant l'application de l'Art. 101 paragraphe 3 du TFUE.

²⁹⁹ DELAFONTAINE (L.) : « Franchise : comment modéliser le savoir-faire d'une entreprise », Agora Entreprise, 9 oct. 2013, V. www.agoraentreprise.com, SIMONESCHI (F.) : « Comment codifier son savoir-faire dans un manuel opératoire ? », www.la-referance-franchise.fr.

³⁰⁰ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

du contrat de franchise, et plus particulièrement lors de la réitération du savoir-faire transmis³⁰¹. De ce point de vue, le manuel opératoire revêt une importance capitale sur le plan pédagogique car il constitue un outil de formation mis à la disposition du franchisé³⁰². En outre, il permettra de former les équipes du franchisé au moment de l'ouverture du point de vente, mais aussi de parfaire leur formation en cas d'évolution du concept. Il est d'ailleurs possible de pousser encore plus loin ce raisonnement, et d'affirmer que ces documents sont tout bonnement indispensables dans la mesure où il ne pourrait pas avoir de réitération fidèle du savoir-faire, sans une matérialisation de ses composantes sur un support communiqué au franchisé³⁰³. Toutefois, la jurisprudence tempère de façon exceptionnelle cette exigence, puisqu'elle a déjà admis, qu'un franchisé ne pouvait invoquer la nullité du contrat de franchise pour absence de savoir-faire, lorsque le franchiseur lui a transmis un manuel opératoire incomplet ou inadapté, dans la mesure où le franchisé a accepté de s'introduire sur un nouveau marché dans lequel le franchiseur était dépourvu de toute expérience, et par conséquent, dans l'impossibilité de fournir un manuel complet³⁰⁴. D'ailleurs, s'ils ont vocation à aider le franchisé à réitérer et parfois même à amplifier le succès commercial initié par le franchiseur, le manuel opératoire aura aussi pour objectif de prévenir toutes les éventuelles prises d'initiative du franchisé³⁰⁵. En effet, de tels agissements auraient pour conséquence de mettre en péril l'harmonie du réseau, ainsi que l'image de marque de l'enseigne. C'est justement parce qu'il est tenu par une obligation de réitération fidèle du savoir-faire, que le franchisé doit se soumettre sans toutefois renier sa qualité de commerçant indépendant, à la discipline du réseau, et par conséquent respecter scrupuleusement l'ensemble des indications formulées au sein du manuel opératoire. Présenté sous cet angle, le manuel opératoire s'apparente alors pour le franchisé à une sorte de guide, voire de notice, qu'il devra consulter en priorité lorsqu'il rencontrera des difficultés, avant de solliciter l'assistance du franchiseur. En raison de l'ouverture ainsi que de l'exploitation de son point de vente, le franchisé peut se retrouver confronter de façon quotidienne à un certain nombre de problématiques. Il est donc primordial et indispensable que

³⁰¹ GOUACHE (J-B.) : « Manuel opérationnel », L'officiel de la franchise, juill.-aout 2011.

³⁰² KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} éd, DUNOD, 2009, p.35 et s.

³⁰³ LELOUP (J-M.) : « *La franchise, droit et pratique* », 4^{ème} éd, Broché, 2004, p. 50.

³⁰⁴ CA. Versailles, 27 mai 1993, *D.* 1995, p. 76.

³⁰⁵ *V. infra* n°97

ce dernier trouve dans le manuel opératoire des solutions efficaces qui lui permettront de surmonter rapidement l'ensemble de ces difficultés³⁰⁶.

39. L'identification du savoir-faire, un mode de preuve incontournable dans l'appréciation de son existence. Par ailleurs, la nécessité de modéliser le savoir-faire dans un ensemble de documents se manifesterait aussi lors d'une éventuelle phase contentieuse, dans laquelle le franchisé souhaiterait obtenir la nullité du contrat de franchise en arguant l'absence d'un réel savoir-faire³⁰⁷. Conformément aux principes régissant le régime relatif à l'administration de la preuve³⁰⁸, selon lesquels toute preuve sous réserve d'être légalement admissible pourra être utilisée afin d'établir de l'existence et de la transmission d'un savoir-faire³⁰⁹, la bible ou le manuel opératoire, reste de loin, les moyens les plus efficaces et les plus utilisés pour y parvenir³¹⁰. En effet, ces documents ont, sur le terrain probatoire, un rôle indéniable car ils constituent pour le juge un outil incontournable et indispensable qu'il n'hésitera pas à utiliser pour déterminer si les éléments transmis constituent bien un savoir-faire³¹¹, autrement dit pour apprécier si les conditions précédemment évoquées tenant à l'exigence de confidentialité et de substantialité sont remplies³¹². Ainsi, de par leur pouvoir d'appréciations souverains, les juges du fond n'hésitent pas à prononcer la nullité du contrat franchise lorsque justement ces documents ne décrivent pas de façon assez complète le savoir-faire transmis³¹³, ou que les documents transmis contiennent en réalité des instructions qui sont à la portée de tous et notamment des professionnels du secteur³¹⁴. Si ces exigences de fond sont remplies, la demande d'annulation du contrat de franchise sera forcément rejetée dans la mesure où « *le franchiseur communique son savoir-faire en fournissant au franchisé, d'une part, un ensemble de documents appelé bible, qui regroupait sur des fiches descriptives divers*

³⁰⁶ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} édition, Dunod, 2009, p.33

³⁰⁷ Cass. Com., 6 avr. 1999, n°96-20.048 ; CA. Montpellier., 23 mai 1996, JurisData n°1996-034666.

³⁰⁸ Art. 9 à 11 du C. pr. civ. ; Art. 1358 du C. civ dans sa rédaction issue de l'ord. du 10 févr. 2016 : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen* ».

³⁰⁹ CA. Paris., 3 nov. 1994, Juris-Data n°1994-025094.

³¹⁰ Cass. Com., 19 fév. 1991, n°88-19.809, D.1992 p.391.

³¹¹ LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000

³¹² MAROT (Y.) : « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 août 1994, n°92.

³¹³ SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « Le secret du bon savoir-faire », Propr. industr. n°3, mars 2004, comm. 27.

³¹⁴ Cass. Com., 24 mai 1994, D. 1995. p. 76.

renseignements relatifs aux méthodes d'organisation et de gestion, d'autre part, un ensemble appelé panoplie, qui était constitué des éléments signalétiques et fournitures administratives »³¹⁵. Autre exemple de rejet d'une demande de nullité du contrat lorsqu'il a été « *versé aux débats un « manuel opératoire », établi et communiqué au franchisé avant la signature du contrat, qui détaille les étapes de création de la société, l'obligation de détention des cartes professionnelles, les démarches bancaires, les recommandations concernant les assurances, des conseils concernant l'aménagement du local et l'ouverture de l'agence, qu'un second fascicule communiqué au franchisé traite de la formation du franchisé sur la mécanique fiscale, les placements financiers, les produits financiers, les produits immobiliers, la méthodologie de vente, les procédures de pré vente avec prise d'option (...), que ce fascicule établit ainsi l'existence de la communication au franchisé d'informations détaillées sur l'ensemble des produits financiers et produits immobiliers que seront amenés à vendre les franchisés à leurs clients ; (...) considérant qu'au regard de l'ensemble il y a lieu de considérer qu'il a été transmis aux appelants (franchisés), lors de la signature du contrat de franchise, un véritable savoir-faire (...)* »³¹⁶. La bible ou le manuel opératoire doivent contenir l'ensemble des caractéristiques du savoir-faire³¹⁷, en exposant notamment les spécificités des produits vendus, ainsi que les techniques de ventes ou d'accueil des clients, ce qui permettra au juge d'apprécier la réalité du concept dans sa globalité³¹⁸. Pour reprendre l'expression employée par certains, le manuel opératoire constitue « *le dénominateur commun de tous les distributeurs d'un réseau, elle matérialise l'ADN spécifique au concept* »³¹⁹. De ce fait, le franchiseur devra rédiger les différents documents avec la plus grande minutie, c'est-à-dire de la façon la plus complète qu'il soit³²⁰, tout en faisant attention à ce qu'ils soient le plus digeste possible pour le franchisé, afin d'en accroître sa compréhension. Toutefois, le franchiseur ne doit pas rédiger le manuel opératoire dans le seul but de détailler son concept, mais il devra en outre expliquer les choix et les raisons qui l'ont conduit à privilégier une technique plutôt qu'une autre, afin que le franchisé comprenne la nécessité de les reproduire à l'identique. La modélisation du savoir-

³¹⁵ CA. Paris, 22 sept. 1992, D. 1995. p.76

³¹⁶ Cass. Com., 10 déc. 2013, n°12-23.115.

³¹⁷ CA. Toulouse., 4 juill. 1990. Juris-Data n°1990-043605.

³¹⁸ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998, n°3, p. 14.

³¹⁹ V. www.lettredesreseaux.com, « Bible du savoir-faire », consulté le 6 juin 2017.

³²⁰ DELAFONTAINE (L.) : « Franchise : comment modéliser le savoir-faire d'une entreprise », Agora Entreprise, 9 oct. 2013, V. www.agoraentreprise.com, consulté le 31 mai 2017.

faire au sein d'un manuel opératoire permet de rappeler aussi, d'une certaine manière, la réussite mais également l'expérience et l'expertise accumulée par le franchiseur, indispensable à la reconnaissance d'un savoir-faire³²¹. Il illustre aussi un certain travail intellectuel accompli de la part du franchiseur, car il permettra surtout d'apprécier la réelle maîtrise par ce dernier de son concept, ainsi que son degré de transmissibilité. Les difficultés qu'il rencontrera lors de cette phase de rédaction, seront révélatrices d'une part, du manque de maîtrise du franchiseur sur le savoir-faire qu'il prétend avoir confectionné. Pour éviter une telle situation, il est impératif que le franchiseur fasse participer ses salariés, ainsi que ceux du franchisé, à la confection ainsi qu'à l'amélioration de ces documents, en raison de leurs pratiques quotidiennes des techniques transmises. D'autre part, si le franchiseur rencontre des difficultés à identifier son propre savoir-faire, il est fort à parier que les franchisés mais surtout leurs salariés, éprouveront les plus grandes difficultés à le mettre en application et ainsi réitérer le succès commercial tant recherché.

40. Le manuel opératoire, une compilation des éléments constitutifs du savoir-faire aux formes hétéroclites. C'est en raison de l'exigence d'identification qui impose une modélisation du savoir-faire, que l'ensemble des composantes de la future activité du franchisé doit être décrit dans un recueil destiné au franchisé. Toutefois, ce travail de conception ne saurait être modélisé dans un seul et même document, mais impérativement dans plusieurs afin de rendre de façon la plus ludique et didactique qu'il soit, l'assimilation et la transmission du savoir-faire au franchisé. Cependant, afin de respecter l'exigence de confidentialité qui entoure le savoir-faire, il doit être prévu que l'ensemble des documents devront être restitués à la fin de la période d'exécution, et ne pas faire l'objet de reproduction de la part du franchisé ou de son personnel. Le franchiseur prévoit les modalités d'accès à ces informations en établissant par exemple, un listing des personnes autorisées à les consulter³²². Le manuel opératoire ou la bible, qui de façon imagée s'apparente à une notice de fonctionnement du savoir-faire, constitue une description de ce dernier à un instant donné. Ainsi, ils seront appelés à évoluer en raison de l'obligation d'innovation qui repose sur les épaules du franchiseur, ainsi que pour adapter le

³²¹ GOUACHE (J-B.) : « Manuel opérationnel », L'officiel de la franchise, juillet-août 2011.

³²² DELAFONTAINE (L.) : « Franchise : comment modéliser le savoir-faire d'une entreprise », Agora Entreprise, 9 oct. 2013.

concept aux évolutions du marché³²³. Il sera donc impératif que le support utilisé par le franchiseur permette de prendre en compte les éventuelles évolutions du concept. Quant à la transmission de ces documents, celle-ci doit s'effectuer, en principe, au moment de la signature du contrat car c'est à cette date que se placera le juge pour apprécier de l'existence concrète du savoir-faire³²⁴. Toutefois, il est admis, en pratique, que la remise ne s'effectuera pas le jour même de la signature du contrat mais plutôt à l'issue du stage de formation initiale. D'ailleurs, il est assez difficile de dégager une typologie des documents que la tête de réseau transmettra à chacun de ses distributeurs en raison de l'exigence de confidentialité qui entoure le savoir-faire et par conséquent le contenu de ces documents³²⁵. Cependant, et sous l'influence des travaux menés par M. KAHN³²⁶, il est possible d'établir une liste non exhaustive mais *a minima* des documents qui devront être communiqués au franchisé :

- **Le manuel d'identification du savoir-faire.** Il constitue l'élément incontournable au sein du recueil de documents transmis au franchisé, dans la mesure où il contient une présentation précise du savoir-faire. Il s'agit d'une pièce maîtresse à laquelle le juge se référera pour apprécier la réalité et le sérieux du concept proposé.

- **Le guide général des procédures.** Autre document indispensable, le guide des procédures comporte un certain nombre d'informations dont la grande partie porte sur la mise en application du savoir-faire par le franchisé, mais surtout par ses équipes. Les informations qui y sont contenues sont à la fois diverses et variées³²⁷. Par exemple, dans le cadre d'une franchise implantée dans le secteur de la restauration rapide, ces informations porteront pêle-mêle sur : la procédure d'ouverture et de fermeture du restaurant, la disposition des stocks ainsi que des matières premières au sein des diverses chambres froides, le nettoyage des ustensiles de cuisine, l'entretien et l'évacuation des huiles de friture, les différentes étapes en matière de réception de la clientèle tant au comptoir, qu'au drive, la disposition de la publicité au sein du

³²³ V. *infra*. n°47

³²⁴ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998, n°3, p. 14.

³²⁵ V. www.lettredesreseaux.com, art. « Bible du savoir-faire », consulté le 30 mai 2017.

³²⁶ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} édition, DUNOD, 2009, p.35 et s.

³²⁷ CA. Poitiers., 7 mai 2015, n°13/03282.

restaurant ainsi que dans son environnement en extérieur, ou encore la disposition des steaks sur le grill conjugée à la technique d'assaisonnement etc.

- **Le mémento de formation, de recrutement, et de gestion du personnel.** Il regroupe l'ensemble des documents pédagogiques remis au cours de la formation initiale, visant aussi bien la formation du franchisé que celle de son personnel ainsi que le contrôle des connaissances devant être acquises à la fin de la formation. Ils peuvent être sous une forme papier ou numérique³²⁸.

- **Le guide d'utilisation des signatures visuelles et sonores.** Outre la communication d'un savoir-faire, le franchiseur transmet au franchisé la jouissance d'une marque ainsi que ses attributs qui regroupent l'ensemble des signes de ralliement qu'ils soient d'aspect visuel ou sonore (logos, uniformes, musique). Par ailleurs, ce guide matérialise et illustre d'une certaine façon le pouvoir de police dont dispose le franchiseur, car il fixe leurs conditions d'utilisation et d'exploitation par le franchisé, afin de garantir une certaine harmonie et homogénéité au sein du réseau dans l'optique de pérenniser de façon durable l'enseigne.

- **Le plan d'aménagement et d'agencement du point de vente.** Même si le succès du franchiseur repose en grande partie sur le savoir-faire, ce dernier ne saurait être résumé de façon caricaturale à la seule réunion d'un ensemble de méthodes ou de connaissances. Ainsi, l'aménagement d'un point de vente fait partie intégrante de l'identité même du concept et du réseau auquel appartient le franchisé. Si cet aménagement constitue un des signes de ralliement de la clientèle, il permet aussi de distinguer plus facilement les concurrents au sein d'un même secteur d'activité. Le plan confectionné par le franchiseur doit prévoir l'aménagement aussi bien à l'extérieur du point de vente (enseigne, éclairage, terrasse, jeux pour enfants, parking, panneaux publicitaires) qu'à l'intérieur (thème de décoration, éclairage, emplacement des caisses, des tables et des chaises, des rayons)³²⁹. L'objectif du plan est toujours d'assurer une harmonisation et une homogénéité des points de ventes du réseau. Toutefois, en raison des

³²⁸ DELAFONTAINE (L.) : « Franchise : comment modéliser le savoir-faire d'une entreprise », Agora Entreprise, 9 oct. 2013, V. www.agoraentreprise.com, consulté le 31 mai 2017.

³²⁹ CA. Lyon., 13 janv. 1995, Juris-Data n°1995-043330.

caractéristiques techniques du local, il n'est pas exigé que l'ensemble des points de ventes soient identiques, mais seulement que le client retrouve chez chaque franchisé, l'ambiance qui est propre à l'enseigne.

● **Le manuel juridique.** Il regroupe l'ensemble des informations à caractère juridique qui sont indispensables à l'exercice de l'activité par le franchisé. Il pourra s'agir des protocoles HACCP qui tendent à l'entretien des zones alimentaires³³⁰, ou encore à la mise à disposition de la convention collective applicable au secteur d'activité, l'affichage des droits des salariés en matière d'accidents du travail, de couverture santé, de représentation du personnel, de primes d'évaluation. Il peut s'agir aussi des autorisations administratives telles qu'une licence de débits et boisson, l'utilisation d'une partie de la voie publique pour l'installation d'une terrasse etc.

Au final, il faut avouer que les métaphores ne manquent pas pour mettre en avant l'importance d'une modélisation du savoir-faire au sein d'un ensemble de documents destinés au franchisé. Quoi qu'il en soit, le manuel opératoire ou la bible, véritables compilations de l'ensemble des composantes du savoir-faire seront indispensables pour permettre sa transmission et sa répétition. Mais leurs importances se matérialiseront également lors d'une phase contentieuse pour établir la consistance réelle du savoir-faire³³¹.

³³⁰ HACCP : Hazard Analysis Critical Control Point.

³³¹ CA, Montpellier, 7 janv. 2003, Juris-Data n°2003-212738.

CONCLUSION CHAPITRE 1

Depuis la reconnaissance de la franchise comme étant un mode de distribution à part entière par l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes dans sa célèbre jurisprudence *Pronuptia*, le savoir-faire s'identifie comme l'élément cardinal du contrat de franchise permettant de le distinguer des autres figures contractuelles. Malgré l'absence de définition du savoir-faire en droit français, les textes européens, dont le règlement européen de 2014, et la jurisprudence, le définissent classiquement comme un ensemble d'informations à la fois secrètes, substantielles et identifiées.

Toutefois, l'étude approfondie de ce triptyque permet de mettre en évidence le fait que les caractéristiques du savoir-faire ne jouissent pas toutes du même degré d'importance au sein de la conception classique. En effet, il est possible d'opérer une distinction au sein de cette dernière en distinguant d'une part, les conditions de fond et, les conditions de forme d'autre part. Ainsi, les caractères secret et substantiel s'apparentent à de véritables conditions de fond du savoir-faire dans la mesure où ils portent directement sur la consistance de celui-ci. A *contrario*, le caractère identifié s'assimile davantage à une condition de forme dans la mesure où il est indispensable pour le franchiseur de décrire l'ensemble des caractéristiques techniques de son savoir-faire au sein d'un manuel opératoire ou d'une bible, afin de pouvoir le transmettre par la suite à ses futurs franchisés.

Cependant, les éléments constitutifs de la conception classique semblent ne plus refléter la réalité de la pratique mais surtout de l'évolution jurisprudentielle, conduisant à s'interroger sur l'existence d'une conception renouvelée, voire moderne du savoir-faire.

Chapitre 2 : La conception « moderne » du savoir-faire

41. Vers une conception « moderne » ou renouvelée du savoir-faire, influencée par la doctrine et la jurisprudence. La conception classique du savoir-faire a longtemps eu les faveurs de la jurisprudence ainsi que des ouvrages de référence. En effet, le savoir-faire y est souvent défini comme la conjugaison d'un ensemble de connaissances qui seraient à la fois secrètes, identifiées et substantielles, ayant vocation à être transmises par son concepteur, le franchiseur, aux futurs utilisateurs que sont les franchisés³³². Toutefois, il est possible de remettre en cause cette définition dans la mesure où elle apparaît comme trop réductrice, voire obsolète, puisqu'elle ne prend pas en compte, ni l'évolution jurisprudentielle, ni les réalités économiques liées à l'exploitation du savoir-faire³³³. C'est donc au regard de la manière dont les juges du fond apprécient la consistance du savoir-faire, qu'il est possible de dégager une conception renouvelée ou encore dite « moderne » du savoir-faire³³⁴. Mais cette conception ne fait pas pour autant table rase des solutions jurisprudentielles et de la conception classique. En effet, elle reprend le triptyque des éléments constitutifs du savoir-faire de cette dernière, tout en y ajoutant trois autres éléments constitutifs.

42. Plan. Le savoir-faire ne peut exister sans que le franchiseur ait réalisé au préalable un important travail de recherche et de développement puisqu'il doit permettre au franchisé, de jouir d'un avantage concurrentiel certain³³⁵. Le franchiseur ne pourra transmettre son savoir-faire qu'après l'avoir longuement expérimenté et donc éprouvé au préalable (**Section I**). S'il est admis que le caractère innovant ne constitue pas une caractéristique du savoir-faire, la notion

³³² KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} éd., DUNOD, 2009, p.35 et s ; VIENNOIS (J-P.) : « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause et réticences dolosives », JCP G, n°30, 23 juill. 2003, II, 10127.

³³³ GAST (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir- réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9.

³³⁴ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire » LPA, 7 janv. 1998, n°3, p. 14.

³³⁵ BINCTIN (N.) : « L'apport en société de savoir-faire », AJCA 2015, p. 355 ; HAAS (G.), FALCONIERI (E.), O'RORKE (W.) : « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », IP/IT 2017, p. 313.

d'innovation ne doit pas être exclue pour autant³³⁶. La transmission du savoir-faire au franchisé ne saurait dispenser le franchiseur, au cours de l'exécution du contrat de franchise, tout travail de recherche et de développement sur son savoir-faire. Pour pouvoir perdurer dans le temps, il est impératif que le franchiseur innove afin de prendre en compte les différentes évolutions affectant le marché sur lequel son réseau est implanté. Son savoir-faire se devra d'être évolutif afin de maintenir l'avantage concurrentiel promis à ses franchisés (**Section II**). Enfin, l'importance du contentieux lié au défaut de réitération de la réussite commerciale par le franchisé³³⁷, conduit à déterminer si la rentabilité ne constitue pas une caractéristique du savoir-faire visant à protéger le franchisé de l'aléa économique et du risque d'échec tant redouté (**Section III**).

Section I : Le caractère éprouvé du savoir-faire

43. L'expérimentation du savoir-faire, prélude indispensable à sa transmission.

Indépendamment des termes retenus pour définir le contrat de franchise, la finalité même de ce dernier réside dans la transmission par le franchiseur d'un ensemble de connaissances lui ayant permis de rencontrer un succès commercial, succès que le candidat franchisé cherche à réitérer à son tour³³⁸. Toutefois, le succès rencontré par le franchiseur ne saurait exister si ce dernier n'a pas, en amont de la création de son réseau, expérimenté son savoir-faire et acquis de l'expérience dans son exploitation³³⁹. Ainsi, l'exigence d'expérimentation apparaît, pour la première fois, dans les dispositions du règlement d'exemption de 1988, et dans la définition qu'il donne du savoir-faire. Ce dernier y est défini comme étant « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testé par celui-ci, ensemble*

³³⁶ ALLIX-DESFAUTAUX (C.), CHAUDEY (M.), FADAIRO (M.), KHELIL (N.), LE NADANT (A-L.), PERDREAU (F.), SIMON-LEE (F.) : « Conditions d'émergence et de diffusion de l'innovation au sein des réseaux de franchise », contrat de recherche 2013-2014 pour la Fédération Française de la Franchise.

³³⁷ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Nullité du contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité », CCC n°4, Avril 2015, comm. 88.

³³⁸ GRIMALDI (C.), MERESSE (S.), ZAKHORAVA-RENAUD (O.) : « *Droit de la franchise* », LexisNexis, 2017, n°2, p. 1.

³³⁹ PFEIFER (M.) : « La protection des secrets techniques », LPA, n°226-227, p. 55, 14 nov. 2016 ; SIMON (F-L.) : « Contrat de franchise et rentabilité du réseau », LEDICO févr. 2019, n°111w8, p.2

qui est secret, substantiel et identifié »³⁴⁰. La nécessité d'une expérimentation au préalable du savoir-faire se retrouve aussi au sein du Code de déontologie européen de la franchise bien que celui-ci soit dépourvu d'une quelconque force contraignante³⁴¹. Le constat est identique pour ce qui est de la norme AFNOR, cette dernière indiquant très clairement que : « *la franchise qui est une méthode de collaboration entre entreprises, implique préalablement pour l'entreprise franchisante, la propriété ou la jouissance d'un ou de plusieurs signes de ralliement de la clientèle (...) ainsi que la détention d'un savoir-faire transmissible aux entreprises franchisées, et se caractérisant par une collection de produits et/ou un ensemble de services : présentant un caractère original et spécifique ; exploité selon les techniques préalablement expérimentées* »³⁴². En effet, pour conférer un réel avantage au futur franchisé, le concept doit avoir été expérimenté et standardisé au préalable. Il serait mal venu, pour un franchiseur de prétendre maîtriser son savoir-faire s'il ne l'a pas testé auparavant pendant une période de temps suffisamment longue³⁴³. Pour certains auteurs, la nécessité, voire l'obligation pour le franchiseur de transmettre un savoir-faire qui a été éprouvé par le passé constitue, l'une des causes ou, devrait-on dire dorénavant, l'une des contreparties du contrat de franchise, pouvant entraîner par voie de conséquence sa nullité en cas d'absence³⁴⁴. Cependant, le caractère expérimenté du savoir-faire ne constitue pas une obligation légale en droit interne mais découle d'une exigence jurisprudentielle à proprement parler³⁴⁵. Ainsi, la Cour d'appel de Paris considère que : « *le franchiseur doit transmettre un savoir-faire adapté à la réussite commerciale du franchisé ; si le franchisé, commerçant indépendant, est responsable de sa propre réussite, le savoir-faire transmis doit être rentable dans des conditions normales d'exploitation ; cette rentabilité est normalement garantie par l'expérimentation effectuée par le franchiseur lui-même et par un certain nombre de ses franchisés, qui atteste que le savoir-*

³⁴⁰ Etant précisé que si l'art. 1-1, g du règlement de l'UE n°330 du 20 avril 2010 indique que le savoir-faire est : « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci* », les lignes directrices relatives aux restrictions verticales ne mentionnent nullement une quelconque obligation pour le franchiseur de tester au préalable le savoir-faire.

³⁴¹ Art. 2-2 : « *Le Franchiseur devra : a) avoir mis au point et exploité avec succès un concept sur le marché pertinent, pendant au moins un an et dans au moins une unité pilote, avant le lancement du réseau de franchise sur ce marché (...).* »

³⁴² SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « Le secret du bon savoir-faire », PI n°3, Mars 2004, comm. 27.

³⁴³ GAST (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir- réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9.

³⁴⁴ Cass. Com., 14 sept. 2010, pourvoi n°09-17.079, Juris-Data n°2011-001558.

³⁴⁵ CA, Paris., 19 févr. 2014, RG n°11/19868, 11/20167 et 11/19999.

faire est éprouvé »³⁴⁶. Cette même Cour d'appel a par ailleurs affirmé que : « *comme l'ont relevé les premiers juges, le savoir-faire n'est pas identifié, ni matérialisé dans un quelconque document (...), et n'avait pas fait l'objet d'expérimentations au moment de la conclusion du contrat, n'ayant pas été suffisamment testé avec succès sur plusieurs sites ; qu'il y a donc lieu de confirmer le jugement présentement déféré en ce qu'il a estimé dépourvu de cause, faute de savoir-faire éprouvé, le contrat de franchise litigieux* »³⁴⁷. En conséquence, il est impératif qu'après la mise au point dite théorique du savoir-faire, le franchiseur consacre du temps afin que son concept soit testé et éprouvé directement sur le terrain³⁴⁸. C'est la raison pour laquelle, certains auteurs recommandent au franchiseur, afin d'évaluer la pertinence de son savoir-faire, de le tester impérativement au sein d'un établissement référant appelé communément en doctrine et dans la pratique une : « unité pilote »³⁴⁹.

44. L'unité pilote, un outil au service du franchiseur et de son savoir-faire.

Comme le résume des auteurs : « *le cœur de la franchise gît dans l'avantage concurrentiel que l'expérience, le savoir-faire et l'assistance du franchiseur sont censés donner* »³⁵⁰. Ainsi, la finalité de ce contrat repose quasi-intégralement sur la répétition d'une réussite commerciale par le franchisé. Dans ces conditions, le contrat de franchise ne peut pas exister si l'objectif initial repose sur le seul lancement d'un concept trop lacunaire ou perfectible. Dans ce contexte, les unités pilotes apparaissent pour le franchiseur comme un moyen de preuve indispensable, lui permettant, d'une part, de démontrer la réalité de son savoir-faire, mais surtout, d'autre part, de promouvoir celui-ci auprès de potentiels franchisés³⁵¹. Avant d'opérer la transmission du savoir-faire, le franchiseur doit s'assurer qu'il soit viable³⁵². Certains auteurs préconisent d'ailleurs que la période d'expérimentation ait une durée comprise entre douze et vingt-quatre mois afin de pouvoir identifier toutes les faiblesses du savoir-faire avant sa transmission³⁵³.

³⁴⁶ CA, Paris., 19 mars 2014, Juris-Data n°2014-005431.

³⁴⁷ CA, Paris., 3 oct. 2012, RG n°11/05235.

³⁴⁸ PICHON-DRIANCOURT (M.) : « Le savoir-faire, élément central du contrat de franchise : conditions du test, résultats du test et caractéristiques du savoir-faire », www.toute-la-franchise.com, 9 juin 2011.

³⁴⁹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « L'annulation du contrat de franchise n'est pas aisée ! », CCC, n°8-9, Aout 2017, comm. 172.

³⁵⁰ DISSAUX (N.) et LOIR (R.) : « Droit de la distribution », LDGJ, n°732, p. 389.

³⁵¹ LE TOURNEAU (Ph.) : « Droit de la responsabilité et des contrats », Action Dalloz 2014/2015, n°5698.

³⁵² LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

³⁵³ KAHN (M.) : « Franchise et Partenariat », 5^{ème} édition, DUNOD, 2009, p.15.

Toutefois, il est important de remarquer que contrairement au Code de déontologie européen de la franchise, la jurisprudence ne fixe aucune durée minimum liée à l'expérimentation du savoir-faire, dans la mesure où elle considère seulement que cette expérimentation doit être suffisamment longue afin que le franchiseur perfectionne le savoir-faire qui sera transmis par la suite à ses franchisés³⁵⁴. Malgré tout, il convient de citer un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier qui admet dans une décision restant à ce jour isolée que « *l'insuffisance du succès commercial ou l'expérience limitée du franchiseur au moment de la signature du contrat de franchise ne suffisent pas à établir l'absence de tout savoir-faire* »³⁵⁵. Cette décision ne saurait être considérée comme étant représentative de la position de la jurisprudence dans sa globalité au sujet de l'exigence d'expérimentation au préalable du savoir-faire.

45. Les conséquences de l'absence d'unité pilote sur la validité du contrat de franchise. Etant donné le rôle des unités pilotes dans l'évaluation de la consistance du savoir-faire, une problématique est apparue en pratique. En effet, à supposer qu'un franchisé soit mécontent des résultats de son propre point de vente, pourrait-il invoquer l'absence d'unité pilote au sein du réseau afin d'obtenir la nullité du contrat de franchise ? Si la jurisprudence s'est saisie depuis longtemps de cette question, il aura tout de même fallu attendre quasiment vingt-cinq ans après l'apparition des premières décisions, pour que la Cour de cassation fasse enfin entendre sa position à ce sujet³⁵⁶. En effet, dès 1993, la Cour d'appel de Versailles, à la seule lecture des dispositions du Règlement communautaire de 1988, débouta un franchisé d'une demande en annulation du contrat de franchise pour défaut d'expérimentation préalable du savoir-faire au motif que lesdites dispositions n'exigeaient pas que le savoir-faire soit testé au préalable au sein d'une unité pilote³⁵⁷. Plus récemment la Cour d'appel de Paris affirmait encore que : « *l'exploitation d'une activité de gestion de patrimoine, la commercialisation de produits d'investissements et d'assurance, dans le cadre d'un réseau de franchise ne doit pas être annulé pour vice de consentement du franchisé. Contrairement à ce qu'il soutient, il n'a pas commis d'erreur sur l'expérimentation du savoir-faire. Pour vérifier le*

³⁵⁴ GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Choix de la franchise », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1051, n°39 et 40.

³⁵⁵ CA. Montpellier., 12 avril 2011, RG n°09/07385.

³⁵⁶ Cass. Com., 8 juin 2017, n°15-29093.

³⁵⁷ CA. Versailles., 27 mai 1993, Juris-Data n°1993-045068.

caractère éprouvé du savoir-faire, il n'est pas nécessaire qu'il existe un « pilote » exploité par un autre que le franchiseur antérieurement à la signature du contrat de franchise. Le savoir-faire repose sur l'expérience des dirigeants du réseau de franchise qui assurent la direction de sociétés de conseil en gestion de patrimoine et de ses associés spécialisés dans le management d'équipes commerciales et en programmation informatique. Le savoir-faire a fait l'objet d'une expérimentation dans un point de vente pendant 10 ans »³⁵⁸. Selon le raisonnement de la Cour d'appel de Paris et des nombreuses décisions prononcées par la suite³⁵⁹, aucun des règlements communautaires, ni des textes nationaux en vigueur, n'imposent de façon contraignante, une quelconque obligation à la charge du franchiseur d'exploiter et d'expérimenter au préalable son savoir-faire ainsi que son concept au sein d'une telle unité pilote. Tout au plus, trouve-t-on des traces de cette exigence au sein de dispositions dépourvues cependant d'une quelconque force contraignante³⁶⁰. Malgré tout, la question de la nécessité ou non de la présence d'une unité pilote au sein d'un réseau n'était jusqu'à présent tranchée que par les juges du fond³⁶¹. Toutefois, par un arrêt récent, la Haute juridiction a affirmé : « que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient encore que le franchiseur n'a pas transmis de savoir-faire aux franchisés faute d'avoir mis à leur disposition un établissement pilote bien que l'existence d'un tel site soit nécessairement déterminante pour en apprécier la pertinence et l'efficience ; qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions du franchiseur qui soutenait qu'elle avait dispensé des sessions de formation aux cours desquelles un savoir-faire spécifique avait été transmis aux franchisés, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé »³⁶². Pour la Cour de cassation, il apparaît que l'existence d'une unité pilote n'est pas nécessaire afin de mesurer la consistance et la réalité du savoir-faire transmis. Par ailleurs, il ressort très clairement de cet arrêt que seule la présence d'un savoir-faire éprouvé et testé doit être pris en compte pour

³⁵⁸ CA. Paris., 2 mars 2016, RG n°13/23068 ; CA Paris., 9 janv. 2019, n°16/21425

³⁵⁹ C'est uniquement en raison d'un vice du consentement trouvant son origine dans une tromperie dont a été victime le franchisé notamment en ce qui concerne les résultats commerciaux exagérément optimistes des unités pilotes, que certains arrêts n'ont pas hésité à prononcer la nullité du contrat de franchise, voir CA. Paris., 3 oct. 2012, Juris-Data n°2012-024547

³⁶⁰ DISSAUX (N.) : « L'essai en matière de franchise », RTD Com. 2015, p. 403.

³⁶¹ CA. Paris., 12 nov. 2014, n°12/15179 et n°12/15178, arrêts dans lesquels la Cour d'appel admet la validité d'un contrat de franchise en dépit du fait que le savoir-faire n'avait pas été expérimenté par des unités pilotes appartenant au franchiseur, mais qu'il avait été transmis par les premiers franchisés du réseau, déjà en place, qui assuraient des formations et des animations.

³⁶² Cass. Com., 8 juin 2017, n°15-29093.

qualifier un contrat, de contrat de franchise. La solution retenue par la Cour de cassation ne peut être qu'approuvée puisqu'elle est conforme à l'état actuel du droit positif dans la mesure où celui-ci ne comporte aucune disposition légale contraignante, venant imposer au franchiseur la création d'une unité pilote au sein de son réseau³⁶³. Toutefois, cette décision ne saurait être interprétée comme dispensant le franchiseur de tester suffisamment au préalable son savoir-faire. En effet, si un savoir-faire est exploité par le biais d'un contrat de franchise, c'est justement parce que son concepteur, le franchiseur, l'a suffisamment testé en amont de sa transmission.

46. De la validité de la clause informant le franchisé de l'absence d'expérimentation du savoir-faire transmis. Réduit à sa plus simple expression, le contrat de franchise a pour finalité de permettre au franchisé de réitérer une réussite commerciale rendue possible grâce à l'exploitation d'un savoir-faire éprouvé. Dans ces conditions, comment pourrait-on imaginer qu'une clause informant le franchisé que le savoir-faire transmis est dénué d'expérimentation préalable, n'ait pas pour effet d'entraîner la nullité du contrat de franchise ? Après tout, la Cour de cassation rappelle inlassablement depuis quatre décennies qu'en l'absence d'un savoir-faire, il n'y a point de contrat de franchise³⁶⁴. Toutefois, par une série de dix décisions rendues le même jour, la Haute juridiction s'est prononcée sur la validité d'une telle clause lorsqu'elle est insérée dans un contrat de franchise dont l'objet porte sur l'exploitation d'un savoir-faire innovant. En l'espèce, le franchiseur avait tenté d'adapter son expérience personnelle acquise dans le secteur de l'assurance, à une activité commerciale voisine, à savoir de crédit. Le franchiseur avait intégré dans le contrat de franchise une clause informant le franchisé de l'absence d'exploitation préalable du savoir-faire et donc du concept compte tenu de son caractère innovant³⁶⁵. Trois ans après la signature, les franchisés demandaient la nullité du contrat de franchise au visa de l'article L. 330-3 du Code de commerce, au motif qu'il y avait un manquement de la part du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information et plus précisément en ce qui concerne la fourniture d'un état de

³⁶³ SIMON (F-L.) : « Savoir-faire et unité pilote », LEDICO sept. 2017, n°110q6, p.6 ; SIMON (F-L.) : « Contrat de franchise et rentabilité du réseau », LEDICO févr. 2019, n°111w8, p.2

³⁶⁴ Cass. Com., 9 oct. 1990, n°89-13.384 ; Cass. Com., 14 sept. 2010, n°09-17.079 ; ANCELIN (O.) et DE BAKKER (F.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA 2015, p. 333.

³⁶⁵ Cass. Com., 5 janv. 2016, n°14-15.700 à 710.

présentation du marché ainsi que sur les perspectives de développement. Toute la portée de ces arrêts réside dans la distinction qui est opérée par la Cour de cassation entre les différents franchisés notamment en fonction de leur expérience dans le secteur d'activité franchisé. En effet, la Haute juridiction affirme très clairement pour rejeter un pourvoi que « *l'arrêt constate que le franchisé exerçait depuis plus de vingt-huit ans une activité de courtage en matière d'assurance et de crédit dans la ville de Rouen, et qu'il a également exercé une activité de courtier en finances pendant dix-sept ans ; qu'il en déduit que le franchisé avait une bonne connaissance du marché local (...) que le franchisé avait été informé du caractère innovant du concept et constaté que le DIP mentionnait la date de création de la société qui était concomitante à celle du réseau et précisait le domaine dans lequel chacune des deux sociétés fondatrices avait développé son expertise, ce dont il se déduisait que l'expérience acquise par ces dernières ne portait pas sur le concept innovant associant l'assurance et le crédit, l'arrêt retient que le franchisé a été informé de l'absence d'exploitation préalable du concept* »³⁶⁶. A contrario, la Cour de cassation considère qu'il doit être fait droit à la demande de dommages-intérêts formulée par un franchisé malgré son expérience professionnelle de plus de trente ans dans le secteur de l'assurance dès lors que cette expérience : « *était insuffisante pour lui permettre d'apprécier l'état du marché local d'un concept novateur alliant crédit et assurance* »³⁶⁷. En d'autres termes, malgré le fait que le contrat de franchise portait sur un savoir-faire n'ayant jamais fait l'objet d'une exploitation par le franchiseur, les franchisés avaient contracté en pleine connaissance de cause. Par conséquent, un savoir-faire innovant dépourvu de toute expérimentation préalable pourra faire l'objet d'un contrat de franchise, à la condition qu'en raison des compétences du franchisé, ce dernier soit en mesure, d'apprécier le sérieux et la pertinence des informations qui lui ont été communiquées par le franchiseur³⁶⁸. Dans un tel cas, le franchiseur devra veiller à insérer une clause informant le franchisé de l'absence d'exploitation au préalable du savoir-faire transmis. Ainsi, cette série d'arrêts semble consacrer la faculté offerte au franchisé d'accepter, à ses risques et périls, de s'engager avec un franchiseur qui n'aurait nullement exploité au préalable un concept dit innovant³⁶⁹. Or, toute la

³⁶⁶ Cass. Com., 5 janvier 2016, n°14-15.710.

³⁶⁷ Cass. Com., 5 janv. 2016, n°14-15.704.

³⁶⁸ FERRIER (D.) : « Concurrence – Distribution », *D.* 2017, p. 881.

³⁶⁹ BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-C.) : « Droit de la distribution », *LGDJ*, 2017, n°70, p.68.

problématique d'une telle affirmation réside dans l'appréciation du caractère innovant du savoir-faire. Doit-on considérer qu'un savoir-faire innovant renvoie à un savoir-faire doté d'une certaine originalité ? Ou au contraire, à un savoir-faire dont les éléments constitutifs sont entièrement nouveaux ? Le simple fait pour le franchisé d'accepter les aléas et les risques qui sont inhérents à l'exploitation d'un savoir-faire innovant ne constitue pas une réelle atteinte à la définition même du contrat de franchise ? S'il appartiendra à la jurisprudence de répondre à ces différentes interrogations³⁷⁰, la possibilité qui est offerte au franchiseur d'être dispensé de son obligation de transmettre au franchisé un savoir-faire éprouvé au seul motif qu'il propose un concept innovant, semble difficilement compatible avec la philosophie même du contrat de franchise qui tend à faire bénéficier le franchisé d'un avantage concurrentiel certain sur un marché déterminé. Par ailleurs, l'absence de la part du franchiseur d'une quelconque expérience traduit irrémédiablement une maîtrise insuffisante du savoir-faire, constituant un obstacle insurmontable à la qualification d'une telle opération en contrat de franchise.

La transmission d'un savoir-faire suffisamment éprouvé, constitue un enjeu majeur pour les réseaux de franchise. L'exploitation personnelle par le franchiseur de sa méthode ou de ses procédés doit le conduire vers une réussite commerciale certaine, réussite que devront réitérer par la suite ses futurs franchisés. En ayant exploité suffisamment son savoir-faire, le franchiseur réduira les probabilités de voir ses franchisés échouer et ainsi remettre en cause le contrat. Les franchisés ne peuvent donc essayer les plâtres résultant d'un défaut d'exploitation préalable et suffisante du savoir-faire par le franchiseur. S'il ressort de la jurisprudence et de la pratique le principe selon lequel le savoir-faire se doit d'être éprouvé, celui-ci souffre néanmoins d'une exception. Ainsi, le contrat de franchise ne pourra être remis en cause en cas d'absence d'expérimentation du savoir-faire, dès lors que le contrat comportera une clause justifiant de cette absence en raison du caractère innovant du savoir-faire transmis. A l'exception de cette situation particulière, le caractère éprouvé du savoir-faire ne dispense pas le franchiseur de faire évoluer son savoir-faire tout au long de la vie du réseau afin de maintenir l'avantage concurrentiel accordé à ses franchisés.

³⁷⁰ V. not. GOUACHE (J-B.) : « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise 2016 », CCC, n°2, févr. 2017, étude 2.

Section II : Le caractère évolutif du savoir-faire

47. La nécessité de faire évoluer les éléments constitutifs du savoir-faire afin de garantir sa pérennité. Si le modèle juridique de la franchise se caractérise par la transmission d'un savoir-faire ainsi que d'un ensemble de signes distinctifs au franchisé, tout en lui fournissant une assistance, il apparaît que son modèle économique repose quasi intégralement sur la répétition d'une réussite commerciale³⁷¹. Or, la préservation de cette dernière qui plus est sur le long terme, condamne le franchiseur à faire évoluer le contenu de son savoir-faire afin de l'adapter aux évolutions du marché, mais également dans le but de maintenir l'avantage concurrentiel, avantage qui constitue l'un des motifs d'adhésion des futurs franchisés au contrat³⁷². En effet, comme le souligne des auteurs : « *aujourd'hui, la véritable richesse n'est pas concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas matérielle, elle est immatérielle. C'est désormais la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenue l'avantage compétitif essentiel* »³⁷³. Malgré l'importance des enjeux qui sont liés à l'innovation, celle-ci ne fait pourtant l'objet d'aucune définition légale. Toutefois, le Manuel dit d'OSLO rédigé par l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE), donne une définition permettant de dégager l'ensemble des composantes de l'innovation³⁷⁴. Ainsi, ce dernier définit l'innovation comme : « *la mise en œuvre d'un produit (bien ou service), ou d'un nouveau procédé au rendement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise ou l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures* »³⁷⁵. Indépendamment des termes retenus pour tenter de définir l'innovation, cette dernière ne doit pas être négligée par le franchiseur. En effet, la seule communication du savoir-faire au franchisé, ne saurait dispenser le franchiseur de consacrer une partie de ses ressources et de son temps à un certain nombre

³⁷¹ FERRIER (D.) : « Recherche nécessaire par le juge, par une analyse concrète du contrat de franchise, du savoir-faire original susceptible d'être transmis », *D.* 1998, p. 338.

³⁷² DESCHAMPS (O.) et FOURGOUX (J-L.) : « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis des franchisés : revue pratique de la jurisprudence récente », *AJCA* 2014, p. 56 ; PFEIFER (M.) : « La protection des secrets techniques », *LPA*, n°226-227, p. 55, 14 nov. 2016.

³⁷³ LEVY (M.) et JOUYET (J-P.) : « L'économie de l'immatériel : la croissance demain », Rapport, déc. 2006.

³⁷⁴ Le Manuel d'Oslo de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique regroupe les « *principes directeurs proposés pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation* ».

³⁷⁵ FAVRE-BONTE (V.) et GARDET (E.) et THEVENARD-PUTHOD (C.) : « L'innovation au cœur des stations et des territoires de montagne », *JS* 2014, n°138, p.23.

d'expérimentations permettant à terme, de faire évoluer le savoir-faire tout au long de son exploitation³⁷⁶. L'activité créatrice du franchiseur à travers les innovations apportées à son savoir-faire conditionne en quelque sorte la survie de ce dernier³⁷⁷. Toutefois, si dans la pratique l'innovation semble constituer une obligation essentielle à la charge du franchiseur, il apparaît que les différents textes, qu'ils soient nationaux ou supranationaux, ne mentionnent pas l'existence d'une telle obligation³⁷⁸. Par ailleurs, le code européen de déontologie de la franchise exige que le savoir-faire présente un caractère évolutif, il faut toutefois relativiser la portée de ce texte dans la mesure où ce dernier est dépourvu d'une quelconque force contraignante³⁷⁹. Le caractère évolutif du savoir-faire, résulte donc davantage de la pratique³⁸⁰, de la jurisprudence³⁸¹ et de la doctrine³⁸². A titre d'illustration, la jurisprudence considère que le franchiseur se doit de faire évoluer le savoir-faire lorsque le franchisé éprouve des difficultés à mettre en œuvre les différentes innovations qui lui ont été communiquées par le franchiseur³⁸³. En l'espèce, un contrat de franchise avait été conclu pour l'exploitation d'un concept de prêt à porter féminin. Le succès était au rendez-vous pour le franchisé jusqu'au jour où le franchiseur avait décidé d'apporter des modifications au concept. Or, depuis la mise en œuvre de ces modifications, le franchisé constatait une dégradation importante de son chiffre d'affaire, le contraignant à notifier au franchiseur d'une part, son refus de poursuivre le contrat de franchise au-delà de son échéance, mais surtout d'autre part, de l'informer de son souhait d'avancer l'arrêt de leurs relations, en raison de la faible rentabilité persistante de son point de vente. En réaction, le franchiseur assigna le franchisé afin de le faire condamner à lui payer outre le solde des livraisons impayées, le remboursement de l'aide initiale à l'installation, ainsi que le versement de dommages et intérêts pour rupture unilatérale du contrat. Cependant, la Cour d'appel de

³⁷⁶ GAST (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir- réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9.

³⁷⁷ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Franchisage : variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage », JCl. Contrats – Distribution, fasc. 1045, n°68.

³⁷⁸ SIMON (F.-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13/11/2009, n°227, p.23.

³⁷⁹ Art. 2-2 paragraphe I : « *le franchiseur devra : (...) consacrer les moyens financiers et humains appropriés pour la promotion de sa marque et pour la recherche et l'innovation permettant d'assurer le développement et la pérennité de son concept ;* ».

³⁸⁰ BASCHET (D.) : « Le savoir-faire du franchiseur doit être évolutif ». Les Echos Franchise et Commerce Associé.

³⁸¹ Cass. Com., 5 janv. 2016, n°14-15.702 et n°14-15.705

³⁸² CHEVRIER (E.) : « L'assistance au franchisé doit être individualisée », D. 2007, p. 2303.

³⁸³ CA. Douai., 6 sept. 2017, n°06/01777.

Douai débouta le franchiseur de ses différentes demandes. Tout d'abord, elle rappela qu'il pèse sur le franchiseur « *une exigence de réussite commerciale pendant toute la durée du contrat, dont il doit s'acquitter par l'actualisation de son savoir-faire, de ses capacités et de sa technique, en vérifiant que son assimilation se trouve convenablement réalisée par le franchisé, et, quand il est informé que ce dernier rencontre des difficultés dans sa mise à jour, en l'assistant dans la recherche de solutions, ce qui peut passer par une modification des éléments de la franchise qui apparaîtraient inadaptés, voire en mettant fin au contrat pour tenir compte de l'insuffisance de son offre de savoir-faire* ». Ensuite, elle considéra que le franchiseur a failli à ses obligations dans ses relations avec le franchisé dans la mesure « *où il n'a jamais proposé de solution propre à remédier aux problèmes que lui signalait ce dernier peu après la mise en place du pilotage à distance du rayon prêt-à-porter* »³⁸⁴. Le contrat de franchise a donc été résilié aux torts exclusifs du franchiseur. Outre le fait que le franchiseur devra apporter les modifications qui s'imposent afin de permettre au franchisé de réitérer la réussite commerciale tant espérée, le caractère évolutif du savoir-faire doit permettre de maintenir son attractivité aux yeux des futurs franchisés. Il est possible de faire un parallèle entre le caractère secret du savoir-faire et son caractère évolutif, dans la mesure où tous les deux ont pour finalité de préserver la valeur marchande de celui-ci et ainsi assurer sa pérennité. Toutefois, les sources d'émission des évolutions du savoir-faire au sein d'un réseau sont diverses et variées.

48. Les sources multiples d'émission des évolutions du savoir-faire au sein des réseaux de franchise. Le franchiseur constitue la principale source d'évolutions du savoir-faire puisqu'il a mis en place tout un ensemble d'outils permettant de construire et d'entretenir une sorte de veille concurrentielle. Ces outils peuvent être constitués par la réalisation d'études de marché ou d'enquêtes de satisfaction³⁸⁵ mais surtout par l'analyse des informations communiquées directement par les franchisés³⁸⁶. L'évolution du savoir-faire peut se traduire par son adaptation à des problématiques locales comme c'est le cas en matière de restauration. Le franchiseur peut s'inspirer de techniques commerciales ou de managements qui existent

³⁸⁴ CA. Douai., 6 sept. 2017, n°06/01777.

³⁸⁵ JAMIN (C.) : « Responsabilité d'un franchiseur ayant commis une erreur d'appréciation concernant le budget prévisionnel du franchisé », JCP E n°23, 6 juin 1996, 825.

³⁸⁶ GAST (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir- réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9.

dans des secteurs d'activités totalement différents de celui dans lequel il est implanté afin de les appliquer à son propre savoir-faire. En dépit de l'importance des ressources et du temps que le franchiseur se doit de consacrer afin de faire évoluer son savoir-faire, toujours est-il que les évolutions apportées au savoir-faire ne sauraient résulter de la seule activité intellectuelle du franchiseur. En effet, l'une des particularités du contrat de franchise, outre le fait qu'il soit ancré dans le giron de la famille des contrats dits d'adhésion³⁸⁷, est qu'il instaure un réel devoir de coopération entre les parties³⁸⁸. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que le franchisé apparaisse comme étant une source importante en matière d'évolution du savoir-faire, dans la mesure où il l'utilise et l'exploite quotidiennement. Le franchisé est amené à devenir en quelque sorte les yeux et les oreilles du franchiseur en ce qui concerne les évolutions qui pourraient apparaître sur le marché. Il est possible de constater que certains des réseaux de franchise exigent des candidats franchisés outre des garanties financières, un certain nombre d'années d'expériences dans une précédente activité commerciale. Cette expérience acquise dans leurs anciens domaines d'activités se révèle être un atout pour le franchiseur dans la mesure où les franchisés peuvent apporter leurs propres expériences afin de proposer des évolutions qui pourront se révéler être bénéfiques pour le savoir-faire et pour l'ensemble du réseau. Mais c'est surtout au travers des retours sur le succès de tel ou tel produit ou service que les franchisés effectuent auprès de leurs franchiseurs, que les franchisés contribuent le plus à l'évolution du savoir-faire. En effet, en cas d'échec d'une nouvelle campagne commerciale constatée par les franchisés sur le terrain, le franchiseur pourra apporter les modifications nécessaires afin d'atteindre le succès espéré. Toutefois, le franchisé ne pourra être cette source de diffusion de l'innovation que si les membres du réseau communiquent régulièrement entre eux. Par ailleurs, l'évolution du savoir-faire peut aussi résulter de propositions formulées par des personnes qui sont tiers au contrat de franchise. En effet, les fournisseurs peuvent proposer des prestations qui permettront d'accroître l'attractivité du savoir-faire comme notamment l'instauration de nouveaux moyens de paiement ou encore de nouveaux supports publicitaires. Les clients du réseau peuvent aussi constituer une source importante d'évolutions du savoir-faire, à travers la

³⁸⁷ BENSOUSSAN (H.) : « La clientèle au franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.* 2001, p. 2498

³⁸⁸ DISSAUX (N.) : « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJCA* 2014, p. 60.

réalisation d'enquêtes de satisfaction. Ainsi, de plus en plus de réseaux de franchises ont recours à la technique du « *client dit mystère* », qui consiste à mandater une personne afin qu'elle se rende dans un des établissements du réseau pour s'assurer que le franchisé respecte et reproduise à l'identique l'ensemble des éléments constitutifs du concept. Par exemple, en matière de restauration rapide, le client mystère peut décider de passer une commande au « *drive* ». Lors de son passage, il sera amené à évaluer différents éléments dont notamment le temps de passage, la qualité de la prise d'accueil et de sa commande, la propreté du parking et des aménagements extérieurs, ainsi que le respect de la disposition des produits au sein de l'emballage. Ses commentaires seront ensuite transmis au franchiseur et au franchisé pour apporter les correctifs nécessaires afin d'atteindre la satisfaction totale du client. En conséquence, les sources d'émission des évolutions du savoir-faire sont relativement variées même si le franchiseur occupe une place essentielle. Cependant, le franchiseur devra veiller à ce que les évolutions apportées au savoir-faire n'aient pas pour effet de dénaturer l'identité du réseau.

49. La difficile conciliation entre l'évolution du savoir-faire et la préservation de l'identité du réseau. Les changements permanents qui impactent l'environnement concurrentiel dans lequel est implanté le réseau, impose au franchiseur d'être attentif à ces derniers. Le franchiseur se doit de faire évoluer son savoir-faire tout en veillant à ne pas instaurer de trop nombreuses évolutions qui viendraient le dénaturer, mais aussi porter atteinte à l'identité de la marque et du réseau³⁸⁹. Le franchiseur en tant que tête de réseau est en charge d'assurer la police au sein de celui-ci et de préserver son harmonie à savoir que l'ensemble des franchisés réitèrent à l'identique le savoir-faire³⁹⁰. Le fait d'apporter un trop grand nombre d'innovations peut à terme mettre en danger le réseau, dans la mesure où le savoir-faire dans sa version d'origine deviendrait rapidement obsolète. Les conséquences pourraient être importantes puisque le réseau pourrait perdre son marché d'origine. Mais surtout, il est possible que la nouvelle version du concept ne soit pas acceptée par les consommateurs. Si la Cour de

³⁸⁹ DESFAUTAUX (C-A.), KHELIL (N.), LE NADANT (A-L.), SIMON-LEE (F.), CHAUDEY (M.), FADAIRO (M.), PERDREAU (F.) : « Conditions d'émergence et de diffusion de l'innovation dans les réseaux de franchise », *FFF 2014*

³⁹⁰ FOURNIER (F.) : « L'équilibre des réseaux de franchise de parfumerie de luxe : d'un équilibre menacé à l'équilibre nécessaire », *D.* 2002, p. 793.

cassation a rappelé que le franchiseur dispose d'une certaine liberté dans l'évolution de son savoir-faire³⁹¹, cette liberté ne saurait être totale et la Haute juridiction oblige le franchiseur à respecter un certain nombre de conditions³⁹². Ainsi, l'évolution d'un concept peut se matérialiser par la modification du nom de l'enseigne entraînant par la même occasion un accroissement du contenu du savoir-faire. En l'espèce, un franchisé a conclu plusieurs contrats avec un franchiseur portant sur l'exploitation d'un concept de soins esthétiques. Toutefois, le franchiseur avait décidé de modifier le nom de l'enseigne au profit d'un autre. A la suite de ce changement, le franchiseur a adressé au franchisé un nouveau contrat de franchise pour l'exploitation d'un nouveau centre de beauté sous la nouvelle enseigne. Toutefois, en raison d'importantes tensions entre le franchiseur et le franchisé, ce dernier décida de résilier l'ensemble de ses contrats afin de s'engager avec un réseau concurrent. En réaction, le franchiseur a assigné son ancien franchisé pour résiliation abusive et pour le voir condamner à payer des dommages et intérêts. La Cour de cassation a condamné le franchisé aux motifs que : *« l'adoption de la nouvelle enseigne devait entraîner une progression du chiffre d'affaires des instituts par l'extension des prestations proposées en réponse à l'évolution des besoins de la clientèle, que la nouvelle enseigne était proposée aux franchisés dans des conditions raisonnables de délai, sans investissements lourds et sans modification ni du contenu, ni de l'objet du contrat initial, puis retenu que le franchiseur, qui avait maintenu la promotion de ses deux enseignes et fait des annonces publicitaires en les associant, et sans délaissier l'exploitation de la marque d'origine, la cour d'appel n'a pas méconnu les conséquences légales de ses constatations en retenant que le franchiseur n'avait pas manqué à ses obligations »*³⁹³. Il résulte de cette décision que le franchiseur ne peut apporter de telles modifications à son réseau et à son concept que si deux conditions sont réunies. En premier lieu, il est impératif que les modifications soient bénéfiques pour le réseau et ses membres. C'est parce que la nouvelle enseigne et les modifications apportées au savoir-faire correspondaient davantage aux attentes du marché, qu'elles ont été adoptées par l'ensemble des autres franchisés. En second lieu, les modifications doivent être mises en place progressivement afin que le franchisé puisse

³⁹¹ Cass. Com., 19 janv. 2016, n°14-16272.

³⁹² FERRIER (D.) : « Concurrence – Distribution : Janvier 2016 à Décembre 2016 », *D.* 2017, p. 881 ; GRIMALDI (C.) : « Évolution du réseau de franchise : quelle liberté pour le franchiseur ? », *RDC*, 1er déc. 2016, n°04, p.686.

³⁹³ Cass. Com., 19 janv. 2016, n°14-16272.

s'adapter, et pour permettre au franchiseur de continuer à promouvoir l'ancienne enseigne. Par ailleurs, une autre décision semble aller encore plus loin dans la mesure où elle admet que l'évolution du concept peut se matérialiser par la cession du réseau à un réseau concurrent entraînant par voie de conséquence d'importantes modifications du savoir-faire d'origine. En l'espèce, la société Q était spécialisée dans la restauration rapide et exploitait sur le territoire national environ 400 restaurants dont 80% étaient exploités par des franchisés. En 2009, la société P signa avec la société Q, un contrat de franchise et un contrat de licence exclusive de la marque Q pour une durée de 10 ans. Après l'autorisation donnée par l'Autorité de la concurrence en décembre 2015, la société BKF acquiert l'intégralité des titres de la société Q. Deux mois plus tard, la société BFK prend contact avec la société P en vue d'une possible conservation de ses restaurants Q sous l'enseigne BFK. Il convient de préciser que le plan de rachat prévoyait que la société BFK laisserait une cinquantaine de restaurants sous l'enseigne Q, mais ces derniers proposeraient un nouveau concept exclusivement « *hallal* ». Toutefois, la société P en sa qualité de franchisé se sentant lésée, intenta une action contre son ancien franchiseur, la société Q, ainsi qu'à l'encontre du nouveau, à savoir la société BFK. En effet, le franchisé reprochait à son ancien franchiseur d'avoir cédé l'ensemble du réseau, portant une atteinte à l'attractivité de celui-ci, et au concept d'origine en décidant de le modifier en un concept « *hallal* ». Cependant, la Cour d'appel de Paris a débouté le franchisé de ses différentes demandes en considérant que : « *la résiliation aux torts exclusifs du franchiseur d'un contrat de franchise en raison du rachat de la franchise par un distributeur concurrent ne peut être prononcée que s'il est établi que le franchiseur n'a pas exécuté le contrat de franchise jusqu'à son terme, conformément aux stipulations contractuelles. Plus précisément, si le franchisé peut poursuivre dans les conditions antérieures sous l'ancienne enseigne jusqu'à l'expiration de son contrat, le franchiseur ne commet aucune faute à l'égard de son franchisé, ou si celui-ci peut convertir ses magasins dans des conditions globales qui ne lui sont pas défavorables, le franchisé ne subit pas de préjudice. Par ailleurs, le franchiseur dispose de la liberté commerciale de faire évoluer son réseau jusqu'à sa conversion à la nouvelle enseigne, à condition de respecter ses obligations contractuelles à l'égard des franchisés. En l'espèce, c'est en vain que le franchisé demande la résiliation du contrat aux torts du franchiseur et l'allocation de dommages et intérêts. En effet, le franchisé a été averti en temps utiles de*

l'opération de concentration, permettant l'achat de toutes les actions du franchiseur par une société concurrente (...). Le franchisé a eu le choix de se convertir à la nouvelle enseigne ou de conserver l'enseigne du franchiseur. La conversion à la nouvelle enseigne ne comportait pas des conditions moins favorables au franchisé, étant précisé que la nouvelle enseigne bénéficie d'une notoriété plus importante, que les restaurants sous cette enseigne sont plus rentables et que les frais de conversion étaient pris en charge par le franchiseur à 50%. Le franchisé a refusé la conversion et ce refus ne lui a pas été préjudiciable puisque le franchiseur a respecté ses obligations, notamment en maintenant son assistance par le franchiseur, les investissements et le plan marketing »³⁹⁴. Le franchiseur jouit donc d'une certaine liberté dans la possibilité de faire évoluer son réseau à la condition expresse de respecter ses obligations contractuelles à l'égard de ses franchisés³⁹⁵. Par ailleurs, un auteur semble tirer deux enseignements de cette décision³⁹⁶. En premier lieu, le franchiseur aurait le pouvoir de privilégier une enseigne au profit d'une autre. En effet, les réseaux et les savoir-faire sont amenés à évoluer afin de pouvoir s'adapter aux mutations de l'environnement concurrentiel. De son côté, le franchiseur se doit de prendre les mesures qui s'imposent afin d'assurer la pérennité de son concept. Le franchiseur devra en sa qualité de tête de réseau et donc d'animateur mener à bien la réorganisation de celui-ci. Cependant, l'auteur insiste sur le fait que les pouvoirs qui sont reconnus au franchiseur ne lui confèrent pas un pouvoir de direction. Le franchiseur doit veiller à ce que le franchisé garde son indépendance, ce dernier n'étant pas un salarié. Le franchiseur ne disposant que d'un simple pouvoir d'organisation lui permettant de faire évoluer le contenu de son savoir-faire ou encore l'apparence de l'enseigne³⁹⁷.

En définitive, les éléments constitutifs du savoir-faire se doivent d'être évolutifs afin, d'une part, de prendre en compte les différentes mutations affectant l'environnement concurrentiel, et, d'autre part, pour assurer la pérennité du savoir-faire³⁹⁸. Mais les candidats à

³⁹⁴ CA. Paris., 15 nov. 2017, n°17/13579.

³⁹⁵ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « De la liberté commerciale du franchiseur de céder et de transformer son réseau », LEDICO, 1^{er} févr. 2018, n°2, p.2

³⁹⁶ GRIMALDI (C.) : « Évolution du réseau de franchise : quelle liberté pour le franchiseur ? », RDC, 1^{er} déc. 2016, n°04, p.686.

³⁹⁷ GRIMALDI (C.) : « Évolution du réseau de franchise : quelle liberté pour le franchiseur ? », RDC, 1^{er} déc. 2016, n°04, p.686.

³⁹⁸ PONSARD (M.) : « Le savoir-faire transmis au franchisé doit être éprouvé », AJCA 2014, p. 190.

la franchise ne consentiront au contrat de franchise, que si le franchiseur est dans la capacité de leur démontrer que son savoir-faire est et sera rentable lors de son exploitation par le futur franchise³⁹⁹. Ainsi, la rentabilité du savoir-faire apparaît comme étant une caractéristique de ce dernier.

Section III : La rentabilité économique, une composante essentielle du savoir-faire

50. Plan. La rentabilité économique peut se définir comme étant le ratio ou la différence entre, d'une part, le montant des investissements réalisés par un entrepreneur et, d'autre part, les recettes perçues par celui-ci⁴⁰⁰. Autrement dit, pour qu'une opération soit rentable économiquement parlant, le montant des revenus doit dépasser celui des investissements. Pour reprendre l'expression d'un auteur : « *la rentabilité économique se situe au cœur même du contrat de franchise* »⁴⁰¹. En effet, le franchiseur est dans l'obligation de transmettre au franchise un savoir-faire dont l'exploitation est rentable afin qu'il puisse réitérer la réussite commerciale⁴⁰². Or, c'est parce que le franchiseur a connu un succès commercial, succès qui se traduit par la rentabilité de son concept, qu'il décidera de le transmettre par le biais du contrat de franchise. Comme le fait remarquer, à juste titre, un auteur, s'il est difficile de donner une définition précise du contenu du savoir-faire propre à chaque réseau de franchise, toujours est-il que la réussite commerciale du franchise est, quant à elle, facilement appréciable, notamment au regard de la rentabilité de son propre établissement⁴⁰³. En l'absence de rentabilité au moment de son utilisation, un ensemble d'informations ne peut être qualifié de savoir-faire et le contrat de franchise verra sa validité être remise en cause. De ce fait, la rentabilité s'érige comme une caractéristique essentielle du savoir-faire et par voie de conséquence, en une qualité substantielle du contrat de franchise (**Paragraphe II**). Pour le franchise, la rentabilité

³⁹⁹ CA. Paris., 19 mars 2014, n°12/12035.

⁴⁰⁰ FAGES (B.) : « La rentabilité et la viabilité de l'entreprise peuvent être objet d'erreur ou de réticence dolosive », RTD Civ, 2012, p. 724.

⁴⁰¹ DISSAUX (N.) : « La rentabilité au cœur du contrat de franchise », *D.* 2012, p. 2079.

⁴⁰² FERRIER (D.) : « Contrat de franchise : obligation de communication d'un savoir-faire », *D.* 1990, p. 370 ; SIMON (F-L.) : « Contrat de franchise et rentabilité du réseau », LEDICO févr. 2019, n°111w8, p.2

⁴⁰³ FERRIER (D.) : « Éléments constitutifs du savoir-faire que le franchiseur doit transmettre au franchise ». *D.* 1995 p.76.

économique du savoir-faire constitue l'élément déterminant de son adhésion au contrat de franchise (**Paragraphe I**).

Paragraphe I : La rentabilité du savoir-faire, un élément déterminant du consentement du franchisé

51. L'importance pour le franchiseur de rapporter la preuve de la rentabilité de son savoir-faire afin d'emporter le consentement du candidat franchisé. Le contrat de franchise est un contrat d'adhésion puisque, pour reprendre les termes du second alinéa de l'article 1110 du Code civil, il : « *comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Si le pouvoir de négociation du franchisé est quasi inexistant, le franchiseur est tenu à une obligation d'information précontractuelle, instaurée par la loi du 31 décembre 1989 dite loi Doubin,⁴⁰⁴ et aujourd'hui régie par les articles L. 330-3 et R. 330-3 du Code de Commerce. Cette obligation d'information précontractuelle se matérialise par la remise d'un document vingt jours avant la signature du contrat de franchise. Ce document contient quatre catégories d'informations : la présentation du franchiseur, la présentation du marché, la présentation du réseau et de la concurrence, et, enfin, la présentation du contrat projeté. En analysant les informations relatives à la présentation du franchiseur et de son réseau, le franchisé pourra avoir un premier aperçu de la rentabilité ou non du savoir-faire du franchiseur. L'exploitation du savoir-faire par le franchiseur, depuis plusieurs années, sans interruption, constituera un indice de la rentabilité du savoir-faire. Le raisonnement sera identique au sujet des informations relatives à la présentation du réseau. Un réseau comprenant un grand nombre de franchisés rassurera le franchisé sur la possibilité de réaliser des profits du fait de l'utilisation du savoir-faire. Mais c'est surtout l'absence de procédure collective ouverte au jour de la remise du document à l'encontre des franchisés du réseau que le futur franchisé devra regarder. Le document d'information précontractuelle ayant pour finalité d'éclairer le consentement du franchisé, le franchiseur se doit d'y insérer les informations les plus sincères

⁴⁰⁴ L. n°89-1008 du 31 déc. 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

possibles⁴⁰⁵. A défaut, le franchisé pourra tenter une action en nullité lorsque les informations communiquées seraient erronées et auraient vicié son consentement⁴⁰⁶. Malgré la remise du document d'information précontractuelle en amont de la signature du contrat, nombreux sont les franchisés à déplorer que le législateur n'ait pas fait le choix d'imposer au franchiseur d'intégrer dans ledit document des études prévisionnelles⁴⁰⁷. D'ailleurs, la question de la transmission par le franchiseur de ces études divise au sein même la doctrine. A travers l'adage : « *tout le DIP, mais rien que le DIP !* »⁴⁰⁸, certains auteurs défendent ardemment le droit pour le franchiseur de ne communiquer au franchisé que les informations qui lui sont imposées par le législateur⁴⁰⁹. *A contrario*, une partie de la doctrine milite pour une plus grande intervention du franchiseur au stade de la phase précontractuelle notamment par la transmission d'études prévisionnelles⁴¹⁰. Pour ces auteurs, il serait illogique de laisser au futur franchisé, le soin de réaliser seul une étude approfondie de la rentabilité potentielle du savoir-faire pour la simple et bonne raison que ce dernier ne lui a pas été encore transmis⁴¹¹. Selon ces auteurs, le franchiseur serait tenu de remettre ces documents prévisionnels, dans la mesure où cette obligation découlerait de la seule maîtrise de son savoir-faire. En effet, le franchiseur du fait de cette maîtrise serait en mesure d'apprécier la rentabilité potentielle de l'établissement de son futur franchisé⁴¹². Par ailleurs, les études prévisionnelles permettront aux différentes parties de vérifier si le savoir-faire transmis est transposable dans la zone d'activité choisie⁴¹³. Malgré l'ancienneté de ce débat au sein de la doctrine, il résulte de la pratique que lorsque le franchiseur consent à réaliser et à communiquer des études prévisionnelles ou prospectives à son futur franchisé, celles-ci prennent généralement la forme soit d'une étude de marché, soit d'un

⁴⁰⁵ MERESSE (S.) : « Le document d'information précontractuel », RLDA juill.-août 2012, supplément au n°73, p. 23.

⁴⁰⁶ BUCHER (C-E.) : « Nullité d'un contrat de franchise pour violation de l'obligation précontractuelle d'information : un vice est nécessaire », LEDICO janv. 2020, n° 112s6, p. 3

⁴⁰⁷ FERRIER (D.) : « L'obligation d'informer le futur franchisé », RDC, 1^{er} juill. 2012, n°3, p. 1068.

⁴⁰⁸ SIMON (F-L.) : « Un an d'actualité juridique en droit de la franchise », LPA, 4 déc. 2008, p. 26

⁴⁰⁹ SIMON (F-L.) : « Le franchiseur n'est pas « débiteur légal » d'une obligation de fourniture d'une étude de marché », LEDICO, 1^{er} janv. 2017, n°1, p.6.

⁴¹⁰ GAST (O.) : « Comptes d'exploitation prévisionnels et franchise : vers un débat d'experts ? », LPA, 31 mai 1999, n°6.

⁴¹¹ TIQUANT (O.) : « Rétablir l'autorité de la loi ... Doubin », *D.* 2002. p. 2597 ; LOIR (R.) : « L'information du franchisé sur le futur », *D.* 2012, p. 1425.

⁴¹² NEAU-LEDUC (P.) : « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *Cah.dr.entr.* 1998, n°2, p.27.

⁴¹³ MERESSE (S.) « L'étude de marché est la quintessence du savoir-faire du franchiseur », *RJ com.* 1997, n°9-10, p.260.

compte d'exploitation prévisionnel. De surcroît, l'étude de marché se présente surtout comme un prélude indispensable dans la réalisation et l'établissement avec le plus de précisions possibles de comptes d'exploitation prévisionnels⁴¹⁴. Ces derniers jouissent d'une importance particulière pour le franchisé car ils lui permettront d'apprécier la rentabilité du savoir-faire lors de son exploitation au sein de son établissement⁴¹⁵.

52. Les comptes d'exploitation prévisionnels, un outil permettant au franchisé d'estimer la rentabilité de l'exploitation du savoir-faire dans son propre établissement. Si le franchiseur n'a aucune obligation de transmettre au franchisé des études de marchés, la même solution s'impose en ce qui concerne l'élaboration des comptes d'exploitation prévisionnels⁴¹⁶. Ainsi, la vocation première de ces derniers est de prévoir le mieux possible les résultats financiers espérés au sein de l'établissement du franchisé, en déterminant d'une part le chiffre d'affaire prévisionnel et, d'autre part, les différents frais d'exploitation⁴¹⁷. Quoiqu'il en soit, la qualité de commerçant indépendant du franchisé impose tout naturellement que celui-ci réalise lui-même lesdits comptes⁴¹⁸. Il pourra, en pratique, confier le soin de leurs réalisations à un tiers qu'il aura choisi tel qu'un expert-comptable par exemple⁴¹⁹. Dans la pratique, nombreux sont les futurs franchisés à réclamer à leur franchiseur la réalisation et la communication d'un chiffre d'affaire prévisionnel afin d'évaluer la rentabilité de leur futur établissement mais aussi, afin d'obtenir les financements nécessaires auprès de leurs établissements bancaires⁴²⁰. Ainsi, lorsque le franchiseur décidera de communiquer à son franchisé un compte d'exploitation prévisionnel malgré l'absence d'obligation légale à ce sujet, il devra communiquer des chiffres les plus sincères possibles sous peine de voir sa responsabilité engagée, mais surtout de voir le

⁴¹⁴ SIMON (F-L.) : « Le franchiseur n'est pas « débiteur légal » d'une obligation de fourniture d'une étude de marché », LEDICO, 1^{er} janv. 2017, n°1, p.6.

⁴¹⁵ GAST (O.) « Comptes d'exploitation prévisionnels et franchise : vers un débat d'experts ? » LPA, 31 Mai 1999, n°107, p.6.

⁴¹⁶ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Le dé-tricotage de la loi Doubin », CCC, n°3, Mars 2016, comm. 65 ; SIMON (F-L.) : « Etude de marché et comptes prévisionnels », LEDICO oct. 2020, n°113h2 p.3.

⁴¹⁷ CA. Paris., 7 déc. 2005, JurisData n°269362 ; CA. Paris., 24 sept. 2008, Juris-Data n°2008-374047 ; Cass. Com., 21 oct. 2014, n°13-11.186.

⁴¹⁸ Cass. Com., 11 févr. 2003, n°01-03932, Juris-Data n°2003-017835 ; CA. Paris., 1^{er} févr. 2006, Juris-Data n°2006-309721 ; CA. Paris., 5 juill. 2006, Juris-Data n°2006-312416 ;

⁴¹⁹ CA. Versailles., 13 sept. 2016, n°14/05670.

⁴²⁰ GOUACHE (J-B.) : « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise », CCC n°11, nov. 2015, étude 15 ; SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23, faisant référence à une étude réalisée auprès de 416 enseignes par Franchise Magazine en Mars 2009.

contrat de franchise annulé⁴²¹. Concrètement, la nullité du contrat de franchise ne pourra être prononcée qu'à la condition que les chiffres prévisionnels transmis soient irréalistes ou manifestement erronés. En aucune façon, les chiffres d'affaires prévisionnels ne doivent être de nature à induire le franchisé en erreur⁴²². Cependant, il ne saurait reposer sur le franchiseur, du fait de la seule communication de ces chiffres, une obligation de résultat dans la mesure où, par nature, toute activité économique est sujette à des aléas plus ou moins importants⁴²³. C'est pourquoi, la jurisprudence refuse de reconnaître la responsabilité du franchiseur et de prononcer la nullité du contrat de franchise, en raison d'une différence entre les chiffres prévisionnels communiqués et les chiffres réellement enregistrés par le franchisé, lorsque la différence résulte uniquement d'éléments extérieurs à la volonté des parties⁴²⁴. *A contrario*, la responsabilité du franchiseur pourra être engagée lorsque la différence entre les chiffres résulte des seules manœuvres du franchiseur visant à emporter le consentement du franchisé⁴²⁵. Il est donc primordial que le franchiseur communique à son futur franchisé des chiffres prévisionnels se rapprochant le plus possible de la réalité⁴²⁶. A titre d'exemple, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer : « *qu'ayant constaté que le chiffre d'affaires de la société franchisé n'avait jamais dépassé 30 % du prévisionnel établi par la société franchiseur dans le cadre de l'étude qui lui avait été confiée, l'arrêt relève que cet écart est particulièrement important et que le manque de chiffre d'affaires ainsi que le défaut de rentabilité se sont révélés, dès les premiers mois d'activité, entraînant rapidement le dépôt de bilan puis la liquidation judiciaire de la société ; qu'il retient que les données prévisionnelles fournies par le franchiseur reposent sur des données propres aux autres franchisés, qui n'étaient pas comparables au cas de M. X, dépourvu d'expérience personnelle dans ce type d'activité (...)* ; qu'il retient, ensuite, que le déficit d'analyse pertinente du chiffre d'affaires a été aggravé par un manque de rigueur dans l'analyse des charges prévisibles auxquelles le franchisé allait devoir faire face, parmi

⁴²¹ Cass. Com., 7 juill. 2004, pourvoi n°02-19.289, Cah. dr. entr. 2004/6, p.10, obs. D. MAINGUY et J-L RESPAUD ; Cass. Com., 14 jan. 2003 et 11 févr. 2003, Cah. dr. entr., 2003/5, p. 41 obs. D. MAINGUY ; CA. Paris., 1^{er} févr. 2006, Juris-Data n°2006-309721.

⁴²² CA. Douai., 28 mai 2015, n°13/07229.

⁴²³ CA. Nîmes., 23 juin 2005, Juris-Data n°2005-282018.

⁴²⁴ CA. Paris., 23 nov. 2006, RG n°03/02384.

⁴²⁵ CA. Rennes., 17 juin 2008, Juris-Data n°2008-006572 ; LECOURT (A.) : « Appréciation strictes de la nullité du contrat de franchise », AJCA 2015, p. 44

⁴²⁶ DISSAUX (N.) : « La rentabilité au cœur du contrat de franchise », D. 2012, p. 2079.

lesquelles celles relatives au niveau de la masse salariale et des investissements ; qu'il retient, encore, que les circonstances invoquées par le franchiseur pour expliquer le déficit de la société franchisée, telles le retard dans l'ouverture du magasin ou le paiement d'un droit d'entrée au profit du bailleur du centre commercial, sont des éléments qui auraient dû être pris en compte dans un prévisionnel sérieux et qu'il n'est pas établi que le franchisé aurait commis des fautes de gestion qui seraient à l'origine de ses résultats ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont elle a déduit que la société franchisée avait été déterminée à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors été vicié, la cour d'appel (...) qui n'a pas déduit le vice du consentement d'un défaut d'information portant sur l'historique des franchises, a légalement justifié sa décision »⁴²⁷. Comme le souligne le commentateur de cet arrêt, un simple écart entre les chiffres prévisionnels établis par le franchiseur et ceux réalisés par le franchisé ne permettra pas le prononcé de la nullité du contrat en raison de l'absence d'un vice du consentement⁴²⁸. Pour la Cour d'appel de Paris l'écart, même important entre les chiffres communiqués et ceux réalisés ne peut suffire à caractériser à lui seul un dol. Il constitue davantage un indice qui sera associé avec d'autres, tel que l'absence de prise en compte par le franchiseur des spécificités de la zone d'implantation de son futur franchisé, afin de démontrer l'existence d'un tel vice du consentement⁴²⁹. En effet, il est primordial pour le franchiseur de prendre en compte les spécificités du lieu d'implantation de chacun des franchisés et de ne communiquer en aucune façon des chiffres identiques à chacun de ses futurs franchisés⁴³⁰. Cependant, l'existence d'une importante différence au niveau des chiffres communiqués n'emportera aucune conséquence sur la validité du contrat de franchise, lorsque le franchisé aura par le passé exercé dans le même domaine d'activité que celui envisagée, faisant de celui-ci un professionnel averti⁴³¹.

⁴²⁷ Cass. Com., 17 mars 2015, n°13-24.853, JurisData n°2015-006037.

⁴²⁸ GOUACHE (J-B.) : « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise », CCC n°11, nov. 2015, étude 15, pour l'auteur, un écart inférieur à 30% entre les chiffres communiqués par le franchiseur et ceux réalisés par le franchisé, ne permet pas d'obtenir la nullité du contrat de franchise et d'engager la responsabilité du franchiseur.

⁴²⁹ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : L'établissement d'un compte d'exploitation prévisionnel erroné peut justifier la résiliation du contrat aux torts du franchiseur », LEDICO, 1^{er} juin 2017, n°6, p.7.

⁴³⁰ CA. Paris., 10 Sept. 2014, n°10/14533, Juris-Data n°2014-021361.

⁴³¹ Cass. Com., 7 Juill. 2004, n°02-15.950, JurisData n°2004-024592 ; Cass. Com., 10 déc. 2013, n°12-23.890

Les informations contenues au sein du document d'information précontractuelle permettent au candidat franchisé d'avoir un premier aperçu sur le caractère rentable du savoir-faire. En effet, c'est parce que l'exploitation du savoir-faire lui est profitable que le franchisé consent au contrat de franchise. C'est d'ailleurs parce que l'exploitation du savoir-faire est rentable que son concepteur peut revendiquer le statut de franchiseur et créer un réseau. La rentabilité économique du savoir-faire lors de son exploitation revêt une telle importance aux yeux du franchiseur et de ses franchisés, qu'elle doit être considérée comme une qualité essentielle du contrat de franchise.

Paragraphe II : La rentabilité économique du savoir-faire érigée en qualité essentielle du contrat de franchise

53. Le principe de l'indifférence de l'erreur sur la valeur, un obstacle à la reconnaissance de la rentabilité économique du savoir-faire comme étant une qualité essentielle du contrat de franchise ? La théorie classique du droit des contrats regroupe un certain nombre de principes cardinaux parmi lesquels figure celui de l'indifférence de l'erreur sur la valeur ou de la prestation promise afin d'obtenir la nullité du contrat. En effet, l'ancien alinéa 1^{er} de l'article 1110 du Code civil posait le principe selon lequel : « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* ». La notion de substance a donné lieu à de nombreuses tentatives de définition d'afin d'en apprécier le contenu⁴³². La plus célèbre étant celle de POTHIER avec les chandeliers en cuivre argenté que l'acheteur pensait être en argent. Mais la doctrine et la jurisprudence ont étendu, au fil du temps, l'erreur sur la substance à l'erreur sur les qualités essentielles⁴³³. Or, la question s'est posée en pratique de déterminer si l'erreur commise par le contractant sur la valeur de la chose ou de la prestation pouvait emporter la nullité du contrat. La jurisprudence est constante à ce sujet puisque dès 1832, l'ancienne chambre des requêtes de la Cour de Cassation refusait d'admettre que l'erreur sur la valeur ou sur la rentabilité

⁴³² GAUTIER (P-Y.) : Le mystère de Sésostris III : erreur substantielle sur la datation d'une œuvre d'art anonyme », *D.* 2007. p. 1632.

⁴³³ GHESTIN (J.) et SERINET (Y-M.) : « Erreur – Erreur et conventions des contractants », *Rèp. civ.*, juill. 2017, n°221.

économique d'une prestation puisse constituer un motif de nullité du contrat⁴³⁴. Par conséquent, le franchisé ne saurait en principe invoquer la nullité du contrat lorsqu'il ne rencontre pas la rentabilité espérée par l'exploitation du savoir-faire. Il devrait donc supporter seul les conséquences découlant de son erreur⁴³⁵. Toutefois, et malgré la position assez stricte de la jurisprudence, certains franchisés ont eu recours à la notion de cause et plus précisément à la notion d'économie du contrat pour tenter d'obtenir la nullité du contrat lorsque l'exploitation du savoir-faire était déficitaire. C'est dans ce contexte qu'est apparu un mouvement jurisprudentiel, qualifié en doctrine de « *subjectivisation de la cause objective* », avec pour principal effet d'entraîner un accroissement significatif du domaine de la nullité du contrat en raison de l'absence de cause⁴³⁶. A travers la jurisprudence dite « *Point club vidéo* », la Cour de cassation avait consacré la possibilité pour l'un des contractants d'obtenir la nullité du contrat au motif que l'exécution du contrat s'avérait impossible⁴³⁷. En effet la Haute juridiction avait affirmé par un considérant de principe assez explicite : « *qu'ayant relevé que, s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Y... dans le cadre de la convention de création d'un "point club vidéo" »*⁴³⁸. Malgré l'abondance de commentaires rendus à la suite de cette décision, cette dernière est restée isolée, puisque après en avoir limité sa portée⁴³⁹, la Cour de cassation a fini par abandonner cette solution en affirmant que : « *la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat, la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat ; que par*

⁴³⁴ Cass. req., 17 mai 1832.

⁴³⁵ Civ. 3^{ème}, 31 mai 2005, n°03-20.096, Bull. Civ. III, n°81 ; D. 2006. p. 2082, note C. Boulogne-Yang-Ting ; Civ. 2^{ème}, 8 oct. 2009, n° 08-18.928, D. 2009. AJ 2488 ; JCP 2009. 574, n° 11, obs. Sérinet ; RDC 2010. 39, obs. Génicon ; ibid. 2012. 64, obs. Génicon

⁴³⁶ MAZEAUD (D.) : « A propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile ... », D. 2014. p. 1915.

⁴³⁷ GESTHIN (J.) : « Economie du contrat », RTD Civ. 1996, p. 901.

⁴³⁸ Civ, 1^{ère}, 3 juill. 1996, n°94-14800 ; REIGNE (P.) : « De l'absence de cause à la cause impossible », D. 1997 p. 500.

⁴³⁹ Cass. Com., 27 mars 2007, n°06-10.452 ; AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.) : « Droit des contrats : octobre 2006 à septembre 2007 », D. 2007, p. 2966.

*ce seul motif, la cour d'appel a justifié sa décision »*⁴⁴⁰. Ainsi, par cet arrêt, la Cour de cassation a refusé de prendre en compte la rentabilité économique du contrat pour apprécier l'existence d'une cause au sein de celui-ci. En définitive, c'est l'existence d'une contrepartie qui déterminera si le contrat est dépourvu ou non d'une cause. Toutefois, et, compte tenu des spécificités du contrat de franchise et, notamment, de l'importance de l'exigence de rentabilité liée à l'exploitation du savoir-faire, il semblerait que ce principe connaisse un tempérament en jurisprudence.

54. Vers une exception au principe de l'indifférence de l'erreur sur la rentabilité économique en matière de franchise. Par deux arrêts rendus le même jour, la Cour de cassation a semblé reconnaître la possibilité pour le franchisé d'obtenir la nullité du contrat de franchise en raison d'une erreur commise sur l'appréciation de la rentabilité de l'activité, objet dudit contrat⁴⁴¹. En effet, la Cour de cassation a affirmé : *« qu'après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »*⁴⁴². Il est important de remarquer, à titre liminaire, que la Cour de cassation ne fait aucune référence à l'obligation d'information précontractuelle issue de la loi Doubin. Pour la Cour de cassation, le franchisé pourra obtenir la nullité du contrat de franchise *« même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information »*, autrement dit au seul visa de l'erreur de droit commun⁴⁴³. Ainsi, le franchisé pourra obtenir la nullité du contrat de franchise même dans l'hypothèse où le franchiseur aurait communiqué un document d'information précontractuelle en tout point complet. A la suite de ces décisions, nombreux sont les auteurs qui se sont interrogés sur l'avenir et la portée de cette

⁴⁴⁰ Cass. Com., 18 mars 2014, n°12-29.453 ; BARBIER (H.) : « La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ? », RTD Civ. 2014 p. 884.

⁴⁴¹ GHESTIN (J.) : « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité économique à entreprendre », JCP E, n°6, 6 févr. 2012, 135.

⁴⁴² Cass. Com., 4 oct. 2011, n°10.20-956 ;

⁴⁴³ REGNAULT (S.) : « L'étude prévisionnelle fantaisiste fournie par le franchiseur vicie le consentement du franchisé », AJCA 2015, p. 286.

jurisprudence, dans la mesure où l'erreur commise par le franchisé sur la rentabilité de l'activité objet du contrat de franchise s'apparente à première vue comme une erreur sur la valeur, qui, en principe, ne peuvent emporter la nullité du contrat. Pour un auteur, le principal apport de ces arrêts est de faire de l'erreur du franchisé sur la rentabilité une erreur dite substantielle⁴⁴⁴. Ainsi, l'espoir de rentabilité formulé par le franchisé devra être certain lors de la conclusion du contrat de franchise. A défaut, l'espérance de rentabilité serait affectée d'un aléa constituant un obstacle insurmontable au prononcé de la nullité. Il est indéniable que le franchiseur n'aurait pu obtenir le consentement du franchisé, si ce dernier savait, dès la phase de négociation, que l'activité que lui proposait le franchiseur ne saurait lui procurer le moindre bénéfice⁴⁴⁵. La Cour de cassation n'a pas hésité à réitérer cette solution en allant toutefois encore plus loin dans sa motivation en affirmant que les chiffres prévisionnels contenus dans le document d'information précontractuelle : « *portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante* »⁴⁴⁶. A la seule lecture des termes retenus par la Haute Cour et, notamment, le fait que l'espérance de rentabilité constitue un élément déterminant du consentement du franchisé, certains auteurs ont estimé que ces arrêts ne sauraient être considérés comme révolutionnaires mais s'apparenteraient davantage à une solution qui serait propre au contrat de franchise, dans la mesure où la rentabilité semble relever de l'essence même de celui-ci⁴⁴⁷.

55. Une solution propre au contrat de franchise ? La motivation employée par la Cour de cassation pour justifier sa solution a fait l'objet d'un certain nombre de critiques en doctrine quant à la pertinence de sa solution au regard des règles du droit commun des contrats. En effet, affirmer que la rentabilité constitue la substance même du contrat de franchise pourrait sembler excessif, puisqu'elle reviendrait à relayer au second plan les obligations qui pèseraient sur le franchiseur telles que la transmission d'un savoir-faire et la mise à disposition de signes

⁴⁴⁴ DISSAUX (N.) : « L'annulation du contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité de l'entreprise », *D.* 2011, p. 3052.

⁴⁴⁵ GHESTIN (J.) : « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité économique », *JCP E*, n°6, 6 fév. 2012, 135.

⁴⁴⁶ Cass. Com., 12 juin 2012, n°11-19.047 ; FAGES (B.) : « La rentabilité et la viabilité de l'entreprise peuvent être objet d'erreur ou de réticence dolosive », *RTD Civ.* 2012, p. 724.

⁴⁴⁷ LEQUETTE (S.) : « Le champ contractuel : réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC*, 1^{er} mars 2016, n°01, p. 135.

distinctifs. En poursuivant ce raisonnement encore plus loin, la rentabilité est affectée intrinsèquement d'un aléa. Or, l'acceptation d'un aléa par l'un des contractants constitue un obstacle au prononcé de la nullité du contrat⁴⁴⁸. En définitive, l'erreur sur la rentabilité, pour être admise, devrait être la résultante d'une erreur relative aux qualités substantielles, qui, par principe, est la seule à pouvoir emporter la nullité du contrat. Exprimée différemment « *l'erreur source de nullité n'a pas à porter sur la rentabilité, qui est nécessairement prévisionnelle et aléatoire, mais sur les informations et les qualités substantielles qui laissaient entrevoir celle-ci* »⁴⁴⁹. Toutefois, on peut ne pas être convaincu par cette analyse, dans la mesure où, par l'intermédiaire du contrat de franchise, le franchisé cherche avant tout à réitérer une réussite commerciale du franchiseur. Or, la réitération de cette réussite commerciale ne sera effective que si l'établissement du franchisé est économiquement viable. Par ailleurs, et comme le souligne à juste titre d'autres auteurs, ce qui apparaît paradoxal à travers la position de la Cour de cassation réside non pas dans l'affirmation que le franchisé cherche avant toute chose à réitérer un succès commercial du fait de l'exploitation du savoir-faire transmis, mais bien de considérer que la rentabilité de ce dernier constitue l'une des qualités essentielles aux yeux du franchisé. En effet, en adoptant une telle position, cette jurisprudence pourrait facilement être interprétée comme l'admission d'une erreur sur un simple motif raison pour laquelle elle ne peut être propre qu'au contrat de franchise⁴⁵⁰. Mais par deux arrêts récents, la Haute juridiction est venue confirmer les solutions de 2011 et 2012 en affirmant d'une part, que : « *l'erreur sur la rentabilité du concept d'une franchise ne peut conduire à la nullité du contrat pour vice du consentement du franchisé si elle ne procède pas de données établies et communiquées par le franchiseur* »⁴⁵¹. Mais surtout, d'autre part, qu'un contrat de franchise doit être déclaré nul lorsque les fausses prévisions communiquées par le franchiseur au sein du document d'information précontractuelle ont provoqué dans l'esprit des franchisés : « *novices dans le secteur économique concerné, une erreur sur la rentabilité de leur activité, portant sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante* »⁴⁵².

⁴⁴⁸ FERRIER (D.) : « Concurrence – Distribution », *D.* 2012, p. 577.

⁴⁴⁹ REGNAULT (S.) : « L'étude prévisionnelle fantaisiste fournie par le franchiseur vicie le consentement du franchisé », *AJCA* 2015, p. 286.

⁴⁵⁰ CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », 2^{ème} éd, Dalloz, 2018, n° 320.

⁴⁵¹ Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21536.

⁴⁵² Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15249.

Si la Cour de cassation confirme une nouvelle fois que la rentabilité de l'activité du franchisé relève de la substance même du contrat de franchise, elle apporte une précision importante selon laquelle les données qui ont servi de base à l'établissement des comptes prévisionnels, doivent émaner du franchiseur afin de pouvoir emporter la nullité du contrat de franchise⁴⁵³. En l'espèce, il semble que les comptes prévisionnels avaient été établis par le franchisé lui-même assisté de son expert-comptable et que le franchiseur s'était borné : « à fournir une matrice et un tableau Excel de comptes d'exploitation prévisionnels qu'il incombait à la candidate (franchisé) de remplir en fonction de ses propres prévisions et objectifs »⁴⁵⁴. Malgré le caractère récent de ces décisions celles-ci ont pourtant été rendues au visa de l'ancien article 1110 du Code civil. Il convient de déterminer si les nouvelles dispositions contenues au sein de l'ordonnance du 10 février 2016, n'auraient pas pour effet de briser cette jurisprudence.

56. L'impact du nouvel article 1136 du Code civil sur l'admission de la rentabilité du savoir-faire au rang de qualité essentielle du contrat de franchise ? L'article 1136 du Code civil consacre le principe de l'indifférence de l'erreur sur la valeur. Ainsi ledit article affirme que : « l'erreur sur la valeur sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation due, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte n'est pas en soi une cause de nullité ». A première vue, la réforme admet explicitement que l'appréciation économique, autrement dit la rentabilité économique, ne peut être prise en compte, ce qui aurait pour effet de briser la jurisprudence rendue depuis les arrêts de 2011 par la Cour de cassation. Cependant, le nouvel article 1136 du Code civil, ne porte pas atteinte aux solutions dégagées par la Cour de cassation en la matière⁴⁵⁵. En effet, cette évidence s'impose étant donné la motivation qui est employée par la Cour de cassation dans ses arrêts depuis

⁴⁵³ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « Contrat de franchise : le retour de la nullité pour erreur sur la rentabilité du concept », LEDICO sept. 2020, n°113⁶, p. 2 ; HOUTCIEFF (D.) : « L'erreur sur la rentabilité d'une franchise se déduit des données communiquées par le franchiseur », Gaz. Pal. 15 sept. 2020, n°386 ; HAMELIN (J-F.) : « Admissibilité de l'erreur sur la rentabilité et informations fournies par le franchiseur », LEDC sept. 2020, n°113g7. p. 3 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « L'erreur sur la rentabilité à nouveau devant la Cour de cassation », CCC n°10, oct. 2020, comm. 138.

⁴⁵⁴ Cass. com., 24 juin 2020, n°18-15249.

⁴⁵⁵ DISSAUX (N.) : « Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, Dalloz. 2015, ss. Article 1135, p.37

2011⁴⁵⁶. La Haute juridiction prend en compte les spécificités mêmes du contrat de franchise pour admettre solennellement que l'espérance de gain formulée par le franchisé au sujet de l'exploitation de son savoir-faire constitue un élément déterminant de son consentement. Malgré tout, un auteur prédit qu'en raison de l'existence même de ce nouvel article, les franchisés obtiendront plus difficilement la nullité du contrat de franchise, dans la mesure où si « *la rentabilité relève de l'essence du contrat de franchise* », elle ne constitue pas l'essentiel de la prestation du franchiseur⁴⁵⁷. Il est important de tempérer cette affirmation compte-tenu de la motivation employée par la Cour de cassation dans ses arrêts de 2020. En effet, si les obligations du franchiseur ne se résument pas à la seule transmission du savoir-faire, il n'empêche qu'il résulte de « *l'économie particulière de la franchise* »⁴⁵⁸ que la perspective de rentabilité fait partie intégrante du champ contractuel, puisque le franchisé adhère au réseau afin de réitérer la réussite commerciale du franchiseur en profitant de la clientèle de ce dernier. Par conséquent, le recours à l'article 1136 par le franchisé ne devrait pas bouleverser les solutions déjà établies.

⁴⁵⁶ CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », 2^{ème} éd, Dalloz, 2018, n°320.

⁴⁵⁷ REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJCA 2016 p. 20.

⁴⁵⁸ HOUTCIEFF (D.) : « L'erreur sur la rentabilité d'une franchise se déduit des données communiquées par le franchiseur », Gaz. Pal. 15 sept. 2020, n°386

CONCLUSION CHAPITRE 2

La conception moderne du savoir-faire ne s'affranchit pas des éléments constitutifs de la conception classique. Le savoir-faire devra toujours regrouper un ensemble d'informations et devra être secret, substantiel et identifié. Toutefois, certaines décisions ont remis en cause la validité même du contrat de franchise en arguant que le savoir-faire était dépourvu de certaines caractéristiques pourtant non comprises au sein de la conception classique. En franchise, un savoir-faire ne pourra être considéré comme tel, s'il ne regroupe pas, outre l'ensemble des caractéristiques de la conception classique, trois autres caractéristiques cumulatives.

Le franchiseur devra, en amont de la création de son réseau, jouir d'un savoir-faire qu'il aura testé et éprouvé. En l'absence de tels tests, les risques sont grands pour le franchisé de voir son établissement ne jamais connaître le succès espéré. Le franchisé pourra alors remettre en cause la validité même du contrat de franchise. Le franchiseur ne peut donc considérer son franchisé comme étant un cobaye sur lequel reposerait une obligation de tester le savoir-faire, sauf situation particulière liée au caractère innovant du savoir-faire.

De plus, le maintien de l'avantage concurrentiel, dont bénéficie l'ensemble des franchisés du réseau, constitue un objectif majeur pour le franchiseur. Pour y arriver, il devra pendant toute la durée d'exploitation du savoir-faire, innover afin de faire évoluer son savoir-faire. Les évolutions apportées aux éléments constitutifs du savoir-faire ne sont rien d'autres que la réponse du franchiseur aux mutations du marché sur lequel est installé son réseau. Toutefois, le franchiseur devra veiller à ce que les évolutions apportées n'aboutissent pas à porter atteinte à l'harmonie et l'image de marque du réseau, ni à dénaturer complètement son concept.

Enfin, dans une série de décisions abondamment commentées, la Cour de cassation semble affirmer que le franchisé, qui a donné son consentement dans la croyance erronée que le savoir-faire transmis serait rentable, puisse obtenir la nullité du contrat de franchise en

arguant d'une « *erreur sur la rentabilité* ». La rentabilité constitue ainsi une composante pleine et entière du savoir-faire, car c'est parce que son exploitation est rentable que le franchisé décide de consentir au contrat de franchise.

CONCLUSION TITRE 1

Le savoir-faire constitue un élément essentiel du contrat de franchise, au même titre que l'assistance dont le franchiseur doit fournir à son franchisé, ou encore la mise à disposition à ce dernier d'un ensemble de signes distinctifs. Le savoir-faire permet surtout de distinguer la franchise des autres modes de distribution. Toutefois, malgré son importance, le savoir-faire ne fait l'objet d'aucune définition légale en droit français.

Classiquement, le savoir-faire est constitué d'un ensemble d'informations qui doivent présenter trois caractéristiques cumulatives. Tout d'abord, ces informations doivent être secrètes, c'est-à-dire qu'elles doivent être difficiles d'accès pour des tiers aux réseaux. L'impératif de secret, qui entoure ces informations, doit perdurer aussi longtemps que le savoir-faire est exploité. Par ailleurs, ces informations doivent être identifiées et détaillées au sein d'un manuel opératoire qui sera transmis au franchisé lors de la formation initiale. Si le manuel opératoire est un outil de transmission du savoir-faire, il permet aussi au franchiseur de prouver la consistance de son savoir-faire lors d'un éventuel litige avec son franchisé. Enfin, les informations transmises par le franchiseur doivent être substantielles. Elles doivent se révéler utiles pour le franchisé afin de lui procurer un avantage concurrentiel, avantage qui constitue l'un des principaux motifs de son adhésion au contrat de franchise.

Ce triptyque, quoique nécessaire, n'apparaît toutefois plus suffisant pour rendre compte des caractéristiques que doit, aujourd'hui, présenter le savoir-faire. D'abord, le franchiseur ne pourra transmettre un savoir-faire à son franchisé que s'il l'a suffisamment éprouvé au préalable. Ensuite, afin de maintenir l'avantage concurrentiel octroyé à son franchisé par la transmission du savoir-faire, le franchiseur devra prendre en compte les évolutions du marché. Ces dernières devront le conduire à innover et à faire évoluer le contenu de son savoir-faire. Autrement dit, le franchiseur devra donc veiller, dès le départ, à conceptualiser un savoir-faire dont les éléments constitutifs puissent évoluer avec le temps. Enfin, le franchiseur ne peut transmettre un savoir-faire que si son exploitation est profitable.

La rentabilité constitue en effet une composante à part entière du savoir-faire et par la même occasion un autre motif essentiel de l'adhésion du franchisé au contrat de franchise.

En définitive, le savoir-faire peut se définir comme étant un ensemble de connaissances résultant de l'expérience et de la réussite commerciale du franchiseur, ensemble qui doit être, à la fois, secret, identifié, substantiel, évolutif et rentable.

La place centrale qu'occupe que le savoir-faire au sein du contrat de franchise s'illustre par les différentes obligations qu'il met à la charge du franchiseur ainsi que du franchisé. En raison du caractère secret et de l'exigence de confidentialité qui entourent le savoir-faire, le franchiseur devra alors le transmettre au franchisé afin que ce dernier puisse l'exploiter à son tour. Par conséquent, la transmission du savoir-faire, tout comme son exploitation, constituent des obligations essentielles du contrat de franchise.

Titre 2 : Transmission et exploitation du savoir-faire : obligations essentielles du contrat de franchise

57. La transmission et l'exploitation du savoir-faire, obligations constituant le cœur même du contrat de franchise. Le développement exponentiel, au cours des quatre dernières décennies, de la franchise comme mode de distribution, combiné à l'absence de règles normatives qui lui sont propres, ont naturellement conduit la jurisprudence⁴⁵⁹, et la doctrine⁴⁶⁰ à proposer plusieurs définitions du contrat de franchise ainsi que du savoir-faire. Nombreux sont les auteurs à mettre en avant l'importance du savoir-faire au sein du contrat de franchise, n'hésitant pas à l'identifier comme « *la clé du système* »⁴⁶¹ dont il constitue : « *l'organe qui permet à un réseau de franchise de vivre ou celui qui le conduit vers sa mort* »⁴⁶². Concrètement, un réseau de franchise ne peut exister sans que les franchisés réitèrent et amplifient la réussite commerciale de leur franchiseur en exploitant à leur tour le savoir-faire qui leur a été transmis⁴⁶³. En réceptionnant un savoir-faire, le franchisé sera en mesure d'exercer une activité commerciale⁴⁶⁴ et de bénéficier de la réussite commerciale initiée par son franchiseur⁴⁶⁵. L'importance de l'émission du savoir-faire à destination du franchisé est largement soulignée par la jurisprudence ainsi que par la doctrine, qui n'hésite pas à en faire une obligation essentielle du contrat de franchise. Toutefois, si la notion d'obligation essentielle est utilisée de manière fréquente par la jurisprudence pour définir les obligations à la charge

⁴⁵⁹ CA. Toulouse., 13 janv. 2000, JurisData n°2000-108290.

⁴⁶⁰ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} éd, DUNOD, 2009, p.16.

⁴⁶¹ BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Éditions Apogée, 2^{ème} éd, 1999, p. 121.

⁴⁶² BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Éditions Apogée, 1^{re} éd, 1997, p. 123.

⁴⁶³ LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000 ; MARIN (P.) : « L'importance de la transmission du SF du franchiseur au franchisé », 1^{re} juill. 2010, <http://www.toute-la-franchise.com/vie-de-la-franchise-A1022-l-importance-de-la-transmission-du.html>

⁴⁶⁴ FERRIER (D.) : « La recherche par le juge, par une analyse concrète du contrat de franchise, du savoir-faire original susceptible d'être transmis ». *D.* 1998, p. 38.

⁴⁶⁵ MAROT (Y.) : « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 août 1994, n°92.

des parties au sein du contrat de franchise, cette notion ne fait l'objet d'aucune définition en jurisprudence⁴⁶⁶, ni même au sein du Code civil⁴⁶⁷. En réalité, la notion d'obligation essentielle, renvoie à l'idée selon laquelle, une obligation justifie à elle seule l'existence même du contrat. En d'autres termes, elle constitue « *le cœur du contrat, sa raison d'être* »⁴⁶⁸. La notion d'obligation essentielle remonte à une classification des obligations apparue sous le droit romain⁴⁶⁹. Ainsi, et pour reprendre l'expression employée par Pothier, il existe des obligations « *sans lesquelles le contrat ne peut se substituer. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »⁴⁷⁰. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à considérer l'obligation essentielle comme étant la « *substantifique moelle du contrat* »⁴⁷¹ ou encore le « *noyau dur* »⁴⁷² parmi un ensemble d'obligations. Une partie de la doctrine s'est posée la question au regard de la rédaction du nouvel article 1170 du Code civil, s'il était possible qu'un même contrat comprenne plusieurs obligations essentielles mises à la charge d'une seule et même partie⁴⁷³. Une réponse positive peut être formulée à cette question dans la mesure où la jurisprudence n'hésite pas à qualifier comme essentielles les trois obligations qui incombent au franchiseur à savoir : la transmission d'un savoir-faire⁴⁷⁴, la mise à disposition de signes distinctifs⁴⁷⁵ ou encore l'obligation d'assistance (technique et commerciale) à l'égard du franchisé⁴⁷⁶. C'est parce qu'elle est considérée comme une obligation essentielle du contrat de franchise que la transmission du savoir-faire constitue un

⁴⁶⁶ DENIZOT (C.) : « Baux commerciaux et logement décent », AJDI 2007, p. 922.

⁴⁶⁷ Art. 1170 du C. civ. se contente d'affirmer : « *Toute clause qui prive sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

⁴⁶⁸ MEKKI (M.) : « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle, article 1170 du C. civ », JCP N n°46, 18 nov. 2016, act. 1227.

⁴⁶⁹ GHESTIN (J.) : « Erreur », Rép. civ, n°7 et s.

⁴⁷⁰ POTHIER (R.-J.) : « *Traité des obligations* », Dalloz, 2011, n°6.

⁴⁷¹ MARLENE (B.) : « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », LPA, 2010, n°189

⁴⁷² DELEBECQUE (Ph.) : « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », Thèse, Aix-Marseille 1981, n°132 : « *il existe dans tout contrat un minimum d'obligations irréductibles, un « noyau dur » constitué par les obligations essentielles à l'être même de l'opération protégée, par les obligations propres à dénoter le contrat* ».

⁴⁷³ CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », Dalloz, 2^{ème} éd, 2018, n°437 : « *est-il possible qu'un contrat comprenne plusieurs obligations essentielles à charge d'une seule partie ? L'article 1170 utilise le singulier, ce qui inciterait à une réponse négative. On peut cependant imaginer qu'un contrat important puisse comprendre plusieurs aspects distincts créant à la charge d'un même débiteur une pluralité d'obligations essentielles* ».

⁴⁷⁴ Cass. Com., 24 mai 1995, pourvoi n°92-15.846 ; CA. Limoges., 5 nov. 2015, n° 13/01241 : JurisData n° 2015-027362 ; AJCA 2016, p. 96

⁴⁷⁵ Cass. Com., 19 oct. 1999, pourvoi n°97-19185.

⁴⁷⁶ TGI, Lyon., 24 avril 1989, D. 1990, p. 370 ; TGI. Paris., 20 nov. 1989, D. 1990, p. 370.

des éléments permettant de qualifier un contrat, de contrat de franchise⁴⁷⁷. Par ailleurs, si le contrat de franchise peut se rattacher à la catégorie des contrats d'adhésion et des contrats à titre onéreux, il est également un contrat synallagmatique, dans la mesure où, pour reprendre la formulation utilisée par l'alinéa 1^{er} de l'article 1106 du Code Civil, le franchiseur et le franchisé « s'obligent réciproquement les uns envers les autres »⁴⁷⁸. De façon imagée, la transmission du savoir-faire s'apparente à la diffusion d'une émission de télévision à destination d'un public ayant au préalable payé son abonnement pour pouvoir réceptionner le contenu du programme émis. En effet, l'émetteur, à savoir le franchiseur diffusera les éléments constitutifs de son savoir-faire à destination du franchisé qui se sera acquitté d'un droit d'entrée et de redevances afin de pouvoir les réceptionner et ainsi avoir accès au contenu du savoir-faire. De manière plus concrète et pragmatique, le contrat de franchise impose au franchiseur de transmettre son savoir-faire au franchisé (**Chapitre 1**), à charge pour ce dernier de le réceptionner⁴⁷⁹ tout en veillant à l'utiliser dans le plus strict respect des règles d'exploitation dictées au préalable par le franchiseur (**Chapitre 2**).

⁴⁷⁷ GRIMALDI (C.) : « Les clauses portant sur une obligation essentielle », RDC 2008, p. 1095 : « *il est fréquent de dire qu'il (contrat de franchise) comporte trois obligations essentielles, la transmission d'un savoir-faire, la mise à disposition de signes de ralliement de la clientèle ainsi qu'une assistance du franchiseur au profit du franchisé au cours du contrat. Eh bien, parmi ces trois obligations, seules les deux premières paraissent être des obligations qualifiantes, alors que la dernière est une obligation statutaire. Qu'est-ce à dire ? Tout simplement que, si un contrat comporte la transmission d'un savoir-faire ainsi que la mise à disposition de signes de ralliement de la clientèle, alors il sera nécessairement qualifié de contrat de franchise* ».

⁴⁷⁸ SIMON (F-L.) : « L'exécution du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227 p.44.

⁴⁷⁹ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

Chapitre 1 : L'émission du savoir-faire par le franchiseur

58. L'émission du savoir-faire, indispensable à la réussite commerciale du franchisé. Le franchiseur joue un rôle central au sein du contrat de franchise puisque, par définition, le savoir-faire résulte de l'expérience qu'il aura acquise⁴⁸⁰. Si le caractère secret et la confidentialité permettent de préserver la valeur commerciale du savoir-faire, le franchiseur aura l'obligation de communiquer les éléments constitutifs de celui-ci à ses futurs franchisés, afin qu'ils puissent tirer profit de la valeur marchande de son concept. De son côté, le franchisé cherche à obtenir le savoir-faire du franchiseur afin de jouir d'un avantage concurrentiel sur le marché sur lequel il décidera de s'implanter⁴⁸¹. Le savoir-faire est donc vital pour le franchisé puisqu'il est la condition de sa réussite commerciale⁴⁸². Assimilée par la jurisprudence et la doctrine à une obligation essentielle à la charge du franchiseur, la transmission du savoir-faire constitue une des phases d'exécution du contrat de franchise qui nécessite, de la part du franchiseur, une grande minutie. En effet, le franchiseur devra mettre en place une organisation spécifique lui permettant de communiquer efficacement les éléments constitutifs du savoir-faire à son franchisé⁴⁸³ et ainsi faciliter son assimilation par celui-ci (**Section I**). Par ailleurs, la communication du savoir-faire étant un des éléments essentiels et qualifiant du contrat de franchise⁴⁸⁴, la défaillance du franchiseur aura d'importantes répercussions sur la validité ainsi que sur la poursuite de l'exécution du contrat de franchise (**Section II**).

⁴⁸⁰ V. *supra* n°43

⁴⁸¹ CA. Paris., 26 avr. 2017, n°14/22040 ; CA. Paris., 31 mai 2017, n°15/13702.

⁴⁸² REGNAULT (S.) : « Assistance du franchiseur, obligation de moyens – transmission du savoir-faire, obligation de faible intensité », AJ contrat 2018, p. 92

⁴⁸³ GAST (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir- réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9 ; FERRIER (D.) : « L'obligation du franchiseur de transmettre son savoir-faire : éléments constitutifs », D.1992, p. 391.

⁴⁸⁴ Cass. Com., 18 déc. 2007, n°06-15.970, LPA 13 nov. 2009, p. 94.

Section I : L'émission du savoir-faire, une obligation essentielle pour le franchiseur

59. Plan. La communication du savoir-faire par le franchiseur constitue une obligation essentielle du contrat de franchise, obligeant le franchiseur à transmettre l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire à son franchisé tout en le formant au maniement de celui-ci (**Paragraphe I**). Toutefois, la transmission du savoir-faire à la signature du contrat ne saurait dispenser le franchiseur de continuer à communiquer à son franchisé, tout au long de la phase d'exécution du contrat, les différentes évolutions qu'il aura apporté au savoir-faire (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : L'émission du savoir-faire lors de la formation du franchisé

60. L'importance du contrat de franchise dans l'organisation des modalités de transmission du savoir-faire. Le franchiseur doit veiller à planifier suffisamment en amont les modalités de transmission en précisant au sein du contrat de franchise les éléments constitutifs du savoir-faire qui seront transmis au franchisé. En effet, l'article 1163 du Code civil précise que : « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soient nécessaires* ». Il est donc primordial que le franchiseur délimite et identifie les éléments constitutifs du savoir-faire ainsi que les informations qui seront communiquées à son franchisé au sein du contrat de franchise afin que ce dernier respecte les conditions dictées par l'article 1163 du Code civil⁴⁸⁵. Les conceptions classique et moderne du savoir-faire exigent de celui-ci qu'il soit à la fois secret et substantiel mais aussi identifié c'est-à-dire que les éléments constitutifs du savoir-faire soient répertoriés et formalisés au sein d'un document dont l'intitulé varie d'un réseau à l'autre⁴⁸⁶. Ainsi, le franchiseur se devra de préciser, dans le contrat de franchise, les éléments constitutifs du savoir-faire ainsi que de dresser la liste des documents qu'il remettra à son franchisé, soit au moment de la signature du contrat de franchise, soit au cours de la

⁴⁸⁵ BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) : « La rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », J.Cl Commercial, Fasc. 316-2.

⁴⁸⁶ V. *supra* n° 24 et s.

formation « initiale » à laquelle le franchisé devra assister. Cependant, la jurisprudence a, par le passé, admis que la transmission du savoir-faire au franchisé pouvait se faire oralement, sans que le franchiseur communique le moindre document.

61. La possibilité pour le franchiseur de transmettre oralement le savoir-faire à son franchisé. La Cour d'appel de Paris a ainsi pu considérer que : « *n'est pas nul pour défaut de cause le contrat de franchise qui emporte transmission d'un savoir-faire original et spécifique consistant en des techniques de ventes développées de manière empirique. La seule circonstance d'une transmission orale aux franchisés n'est pas nature à remettre en cause son existence, pas plus que la simplicité du concept, dès lors que l'efficacité commerciale de ce savoir-faire est reconnue par les professionnels de la franchise* »⁴⁸⁷. La même Cour d'appel a d'ailleurs précisé que : « *le franchisé ne peut alléguer une absence de transmission du savoir-faire étant donné qu'il a participé à plusieurs reprises à des stages de formation et à des réunions de franchisés. Il a également bénéficié de conseils personnalisés et de l'assistance du franchiseur pour conduire des campagnes de publicité. De plus, il s'est vu transmettre une série de produits spécifiques destinés à une clientèle spécialisée* »⁴⁸⁸. Malgré la clarté de ces décisions, il convient de tempérer la possibilité offerte au franchiseur de se contenter d'une transmission purement orale des éléments constitutifs du savoir-faire dénuée de tout support écrit. En effet, la formalisation du savoir-faire est primordiale car elle constituera un outil au service des juges du fond afin d'apprécier la réalité et la consistance du savoir-faire⁴⁸⁹. La rédaction d'un tel document est donc fortement recommandée par la doctrine⁴⁹⁰ et par la jurisprudence⁴⁹¹ dans la mesure où elle permet au franchiseur de rapporter plus facilement la preuve de l'existence de son savoir-faire. La Cour d'appel de Paris a ainsi débouté un franchisé de sa demande de nullité du contrat de franchise en décidant notamment que : « *lorsqu'il est expressément précisé au contrat de franchise qu'en plus du droit d'utiliser sa marque à titre d'enseigne,*

⁴⁸⁷ CA. Paris., 7 juin 2006. Juris-Data n°2006-312420, LPA 13 nov. 2009, n°227, p. 23, n°99

⁴⁸⁸ CA. Paris., 24 sept. 2008, Juris-Data n°2008-374079, LPA 13 nov. 2009, n°227, p. 23, n°99

⁴⁸⁹ CA. Toulouse, 4 juill. 1990. Juris-Data n°1990-043605 ; CA Paris, Pôle 5, 4e ch., 10 sept. 2014, n° 10/14533 : JurisData n° 2014-021361 ; CA. Paris., 3 oct. 2012, n°11/05235 ; CA Paris, 2 déc. 2015, n° 13/12219 : JurisData n° 2015-027213 ; CA Paris, 12 nov. 2014, n° 12/15179 : JurisData n° 2014-027514 ; CA Paris, 2 oct. 2013, n° 10/22249 : JurisData n° 2013-024461 ; CA Paris, 29 sept. 1992, n° 12/43691 ; CA Paris, 22 sept. 1992, n° 91/18811.

⁴⁹⁰ SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA 13 nov. 2009, n°227, p. 23 ;

⁴⁹¹ CA., Toulouse, 11 déc. 2007, RG n° 06/02396.

un franchiseur communique son savoir-faire en fournissant au franchisé, d'une part, un ensemble de documents appelé BIBLE, qui regroupait sur des fiches descriptives divers renseignements relatifs aux méthodes d'organisation et de gestion, d'autre part, un ensemble appelé PANOPLIE, qui était constitué des éléments signalétiques et fournitures administratives, et qu'il lui procurait une assistance continue au moyen de bulletins de liaison, de réunions et de stages de formation, un franchisé, ne saurait prétendre que le contrat est dépourvu de cause et sa demande d'annulation doit être rejetée »⁴⁹². Elle a également débouté un franchisé considérant que : « le franchiseur a remis au franchisé un manuel opératoire présentant les spécificités du concept exploité. Ce document se réfère à la création de recettes originales et variées, nutritives, naturelles et diététiques, à base de fruits et de légumes frais, à la sélection de fournisseurs et le stockage des produits frais, à la préparation des produits devant le client à la minute, à la définition des méthodes de commercialisation des produits sous forme de restauration rapide, à consommer sur place ou à emporter, à la définition des emplacements commerciaux appropriés, à la création d'un concept architectural propre à l enseigne, à l'équipement du point de vente en matériels spécifiques, à l'agencement et à la décoration des locaux sous l'enseigne, à la gestion opérationnelle du point de vente, au merchandising, à l'anticipation des ventes et des commandes, au suivi de la relation client et la fidélisation des clients, à la communication sur le point de vente, au marketing de l'enseigne, à la gestion des flux clients, à la gestion de la caisse et au respect de la réglementation en matière d'hygiène »⁴⁹³. En définitive, le franchiseur devra privilégier la transmission physique ou écrite de son savoir-faire, matérialisée par la remise du manuel opératoire ainsi que par la dispense d'une formation initiale au franchisé. En effet, seul ce type de transmission permettra au franchiseur lors d'un éventuel litige, de prouver la consistance de la formation. Par ailleurs, le choix de ce type de transmission est dicté par la nature même de l'obligation d'émission du savoir-faire, qui est constitutive d'une obligation de résultat.

62. L'émission du savoir-faire, une obligation de résultat. Le franchiseur est tenu à une obligation de résultat en ce qui concerne la communication des éléments constitutifs

⁴⁹² CA. Paris., 22 sept. 1992, *D.* 1995. p.76

⁴⁹³ CA. Paris., 2 déc. 2015, n° 13/12219 ; CA. Paris., 27 mai 1993, *D.* 1995, p. 76 ;

du savoir-faire⁴⁹⁴. En effet, le franchisé, qui est créancier de l'obligation de transmission, n'a aucun rôle à jouer dans la phase d'émission du savoir-faire, puisque ladite obligation est à la charge exclusive du franchiseur. De plus, pour le franchisé, la transmission du savoir-faire n'est soumise à aucun aléa, car au moment de la signature du contrat, le franchisé a la certitude que le savoir-faire lui sera transmis par le franchiseur⁴⁹⁵. Cette obligation de résultat impose au franchiseur de transmettre spontanément son savoir-faire au franchisé sans que ce dernier soit contraint de lui en faire la demande⁴⁹⁶. En pratique, la seule transmission des supports sur lesquels est détaillé le savoir-faire ne saurait suffire à affirmer que le franchiseur a satisfait à son obligation de communication. Le franchiseur se doit de former le franchisé au maniement du savoir-faire afin qu'il puisse l'exploiter à son tour de manière autonome. Pour y arriver, la quasi-totalité des réseaux de franchises mettent en place des cessions de formation dites « initiales » afin que le franchisé maîtrise parfaitement le savoir-faire transmis avant l'ouverture de son propre établissement. Afin de satisfaire une nouvelle fois aux exigences de l'article 1163 du Code civil, le franchiseur devra veiller à insérer une clause au sein du contrat de franchise qui aura pour objet de préciser le déroulement de la formation initiale, notamment en ce qui concerne son contenu, sa durée, son lieu, et ses bénéficiaires. Cette formation est en pratique payante dans la mesure où le versement par le franchisé du droit d'entrée trouve sa contrepartie dans la formation dite « initiale » dispensée par le franchiseur⁴⁹⁷.

63. La formation « initiale » du franchisé, modalité incontournable de la transmission du savoir-faire. La jurisprudence est stricte en ce qui concerne la transmission du savoir-faire et notamment les manquements du franchiseur à cette obligation, raison pour laquelle il se doit d'y satisfaire dès la signature du contrat de franchise⁴⁹⁸. Si les procédés permettant de communiquer les éléments constitutifs du savoir-faire sont variés, la majorité des réseaux mettent en place des sessions de formation⁴⁹⁹ qui peuvent se dérouler au sein du

⁴⁹⁴ LE TOURNEAU (Ph.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Action Dalloz 2014/2015, n°5695.

⁴⁹⁵ POUMAREDE (M.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Action Dalloz 2018/2019, n°3123.51

⁴⁹⁶ REGNAULT (S.) : « Assistance du franchiseur, obligation de moyens – transmission du savoir-faire, obligation de faible intensité », AJ contrat 2018, p. 92

⁴⁹⁷ RESPAUD (J-L.) : « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence 2003-2005 », LPA, 8 mars 2006, n°48, p.3.

⁴⁹⁸ ANCELIN (O.) et DE BAKKER (F.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA 2015, p.333.

⁴⁹⁹ SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.

siège social du franchiseur, au sein d'un établissement appartenant et exploité par le franchiseur, ou enfin, dans un établissement de l'un des franchisés du réseau⁵⁰⁰. Certains auteurs font remarquer que ces formations « initiales » ne sont obligatoires que si le franchiseur n'a pas réussi à transmettre le savoir-faire par l'intermédiaire d'autres procédés⁵⁰¹. Toutefois, ces mêmes auteurs insistent sur le fait que le franchiseur se doit de mettre en place de telles formations même s'ils ont transmis le savoir-faire par écrit ou oralement, afin de permettre au franchisé de l'assimiler et de le maîtriser parfaitement. En effet, il ressort de l'étude publiée annuellement par la Fédération française de la franchise réalisée pour l'année 2017, que 75% des franchisés déclarent avoir été bien préparés par la formation initiale proposée par leur franchiseur avant l'ouverture de leur propre établissement⁵⁰². L'étude précise aussi que la durée moyenne de la formation initiale dispensée au sein des réseaux est de 32 jours. Cette formation est donc destinée à habituer le franchisé au maniement du savoir-faire et lui permettre de rencontrer le succès assez rapidement. Mais le franchisé n'est pas le seul bénéficiaire des formations organisées et dispensées par le franchiseur puisqu'elles seront également destinées aux salariés du franchisé. En effet, au cours de l'exécution du contrat de franchise, le franchisé pourra assurer lui-même la formation de ses nouveaux salariés à l'aide des différents outils pédagogiques (dvd, qcm, livret) fournis par le franchiseur au cours de la formation initiale⁵⁰³.

64. La possibilité pour le franchiseur de soumettre son franchisé à un test afin de sanctionner sa maîtrise du savoir-faire. La formation initiale débute par une formation théorique suivie d'une formation pratique permettant au franchisé d'utiliser pour la première fois et de manière concrète le savoir-faire⁵⁰⁴. En pratique, le franchiseur peut décider d'insérer au sein du contrat de franchise, une clause prévoyant l'instauration d'un test final venant sanctionner les connaissances du franchisé ainsi que sa maîtrise du savoir-faire. Le franchiseur devra néanmoins veiller à préciser les conditions d'examen, mais surtout les

⁵⁰⁰ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « FRANCHISAGE – Franchisage dans le domaine des services – Le franchiseur et le franchisé », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 1050, 40 et s.

⁵⁰¹ BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J.-B.) : « La rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-2, 19 et s.

⁵⁰² Selon l'étude publiée en 2017 par la Fédération française de la franchise, 87% des salariés des franchisés assistent également à une formation initiale.

⁵⁰³ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

⁵⁰⁴ CA. Lyon., 5 juin 2014 – n° 13/03651

sanctions applicables en cas d'échec du franchisé audit examen⁵⁰⁵. Ces sanctions peuvent se traduire par la résiliation du contrat ou encore par l'obligation pour le franchisé de suivre une nouvelle période de formation. Cependant, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a estimé dans son étude relative aux pratiques commerciales dans la restauration rapide et à thème sous franchise en date du 8 mars 2016, qu'une clause qui ferait perdre au franchisé son droit d'entrée en cas d'échec à l'examen final est susceptible de créer un déséquilibre significatif entre les parties⁵⁰⁶. Par conséquent, à l'issue de la période de formation initiale le franchiseur pourra imposer à son franchisé un examen pour sanctionner sa maîtrise ou non du savoir-faire. Mais en cas d'échec, le franchiseur devra restituer le droit d'entrée au candidat franchisé. Par ailleurs, le franchiseur se doit de conserver l'ensemble des documents et des preuves justifiant de la transmission du savoir-faire afin de les produire devant la juridiction compétente lorsque le franchisé lui reprochera un manquement à son obligation de transmission.

65. La nécessité pour le franchiseur de conserver les preuves de la transmission du savoir-faire. Si la formation du franchisé constitue le moyen le plus adapté à la transmission du savoir-faire, l'existence d'une formation ne saurait constituer à elle seule la preuve que le franchiseur a bien exécuté son obligation d'émission du savoir-faire à destination de son franchisé⁵⁰⁷. Le franchiseur devra donc veiller à conserver les preuves qu'il a bien dispensé une formation initiale au franchisé par le biais de convocations⁵⁰⁸ et de feuilles de présence ou autres d'attestations signées par le franchisé et sur lesquelles il indique avoir réceptionné les documents mentionnant les éléments constitutifs du savoir-faire⁵⁰⁹. Par ailleurs, depuis le développement du numérique, nombreux sont les réseaux à avoir recours à l'outil informatique afin de pouvoir transmettre les éléments constitutifs du savoir-faire⁵¹⁰. L'historique des connexions des franchisés à la plateforme de formation

⁵⁰⁵BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.): « La rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-2, n°21.

⁵⁰⁶<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-commerciales-dans-restauration-rapide-et-a-theme-sous-franchise>

⁵⁰⁷ REGNAULT (S.): « Assistance du franchiseur, obligation de moyens – transmission du savoir-faire, obligation de faible intensité », AJ contrat 2018, p. 92.

⁵⁰⁸ CA. Pau., 21 déc. 1994, JurisData n°1994-051866.

⁵⁰⁹ CA. Paris., 24 sept. 2008, Juris-Data n°2008-374079.

⁵¹⁰ Selon l'étude publiée en 2017 par la Fédération française de la franchise, 87% des salariés des franchisés assistent également à une formation initiale.

constituera aussi un moyen de preuve pour le franchiseur qu'il a bien satisfait à son obligation de transmission du savoir-faire.

Quoi qu'il en soit, la transmission du savoir-faire au moment de la signature du contrat de franchise ne dispense en aucune façon le franchiseur de continuer à transmettre les évolutions du savoir-faire ainsi qu'à dispenser des formations tout au long de l'exécution du contrat de franchise.

Paragraphe II : La transmission du savoir-faire au cours de l'exécution du contrat

66. La transmission du savoir-faire, une obligation à exécution successive. Le contrat de franchise peut être qualifié de contrat à exécution successive puisque l'ouverture de l'établissement du franchisé ainsi que l'exploitation du savoir-faire par ce dernier, n'ont pas pour effet d'éteindre les obligations du franchiseur à l'égard de son franchisé. En effet, malgré la transmission du savoir-faire à travers la remise de documents ou de manière orale, mais surtout par le biais d'une formation, le franchiseur devra continuer à transmettre le savoir-faire en proposant de nouvelles formations à ses franchisés ainsi qu'à leurs préposés tout au long de la phase d'exécution du contrat de franchise⁵¹¹. Une telle obligation résulte à la fois des caractéristiques du savoir-faire et de la finalité même du contrat de franchise⁵¹². La conception moderne du savoir-faire implique que celui-ci soit évolutif afin que les franchisés puissent s'adapter aux différentes mutations affectant l'environnement concurrentiel⁵¹³. Le franchiseur doit alors constamment innover afin de maintenir l'avantage concurrentiel et ainsi préserver la pérennité économique de son concept. La préservation de la réussite commerciale du franchiseur constitue un enjeu majeur puisque par définition : *« le franchiseur va faire profiter de sa réussite le franchisé au terme d'une coopération qui vise à reproduire un succès commercial. Cette coopération, cette collaboration, entre plusieurs entreprises, par application d'un savoir-faire, caractérise le franchisage »*⁵¹⁴. Le

⁵¹¹ CA. Paris., 21 oct. 1986, D. 1986. somm. 22, obs. FERRIER (D.).

⁵¹² DESCHAMPS (O.) : « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis : revue pratique de la jurisprudence récente », AJCA 2014 p. 56.

⁵¹³ V. *supra* n° 47.

⁵¹⁴ BESSIS (P.) : « *Le contrat de franchisage* », Les Guides Montchrestien, Paris 1986, n°8, p. 13

franchiseur devra par la suite transmettre ces évolutions à l'ensemble des franchisés du réseau par l'intermédiaire de la formation continue.

67. La formation dite « continue », un outil au service du franchiseur afin de diffuser les évolutions de son savoir-faire au sein du réseau. Les innovations apportées au savoir-faire n'auront aucune utilité si le franchiseur ne les communique pas à l'ensemble de ses franchisés⁵¹⁵. Dans ce contexte, la formation « continue » constitue le moyen le plus efficace à la diffusion des modifications apportées au savoir-faire au sein du réseau. Cette formation sera l'occasion pour le franchiseur d'expliquer les raisons qui l'ont conduit à apporter des modifications au savoir-faire d'origine, mais surtout de permettre à ses franchisés de tester et de s'habituer à ces différentes évolutions⁵¹⁶. Il ressort de l'étude commandée par la Fédération de la franchise que nombreux sont les réseaux à dispenser à leurs franchisés une formation dite « continue »⁵¹⁷. Malgré l'importance de la formation continue, les différents règlements européens ainsi que les divers projets de réglementation se contentent d'indiquer que le franchiseur se doit de transmettre un savoir-faire au franchisé sans pour autant préciser les modalités de cette transmission⁵¹⁸. Il est évident que la transmission du savoir-faire s'effectue lors de la signature du contrat de franchise et perdure pendant toute la phase d'exécution du contrat de franchise. Au cours de ces formations continues, outre la communication des évolutions apportées au savoir-faire, le franchiseur pourra tester les acquis des franchisés, mais aussi, corriger les éventuelles erreurs commises par ces derniers dans l'utilisation de celui-ci. Mais la formation continue se distingue difficilement d'une autre obligation à laquelle le franchiseur est tenu, à savoir de fournir une assistance technique et/ou commerciale à son franchisé.

68. La difficile distinction entre l'obligation de formation continue et l'obligation d'assistance. Depuis l'arrêt Pronuptia⁵¹⁹ et l'adoption des différents règlements

⁵¹⁵ CHEVRIER (E.) : « L'assistance au franchisé doit être individualisée », *D.* 2007, p. 2303.

⁵¹⁶ BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) : « La rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », *JCl. Commercial*, Fasc. 316-2, n°21.

⁵¹⁷ Selon l'étude publiée en 2017 par la Fédération française de la franchise, 76% des franchisés ont bénéficié d'une formation continue dont la durée moyenne est évaluée à 24 jours.

⁵¹⁸ SERGENT (F.) : « L'obligation d'assistance du franchiseur », *LPA*, 2 nov. 2009, n°218 p5.

⁵¹⁹ DEMARET (P.) : « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence entre innovation et tradition », *JCP E* n°48, 27 nov. 1986, n°14816 ; LACRESSE (A.) et PIHERY (R.) : « Le savoir-faire et le droit de la concurrence », *AJCA* 2015, p. 359.

d'exemption⁵²⁰, la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour dire que le contrat de franchise met à la charge du franchiseur trois obligations : la communication d'un savoir-faire, la mise à disposition de signes distinctifs, et enfin, une obligation d'assistance⁵²¹. Si, à première vue, ces trois obligations semblent être distinctes, un débat en doctrine est cependant apparu en ce qui concerne les relations pouvant exister entre l'obligation d'assistance et celle relative à la transmission du savoir-faire. Pour certains auteurs, les deux obligations sont sensiblement différentes puisque l'obligation d'assistance ne saurait en aucune façon porter sur la transmission du savoir-faire ou sur son actualisation⁵²². Pour d'autres, au contraire l'obligation d'assistance est le complément et le prolongement de l'obligation de transmission⁵²³. Le Professeur ATIAS n'hésite pas à résumer l'importance du franchiseur dans la réussite du franchisé sous le prisme de l'obligation d'assistance, en affirmant qu'en étant le « *préparateur du succès d'autrui, le franchiseur en est aussi l'accompagnateur et le soutien permanent* »⁵²⁴. Malgré l'importance de l'obligation d'assistance, celle-ci ne fait l'objet d'aucune définition de la part des différents textes européens⁵²⁵. En pratique, le contrat de franchise impose au franchiseur de fournir à son franchisé une assistance à la fois commerciale et/ou technique pendant toute la durée du contrat⁵²⁶. De manière concrète, l'assistance technique consiste à aider le franchisé dans la mise en œuvre du savoir-faire et notamment dans la reproduction de celui-ci⁵²⁷. Cette assistance se matérialisera sous différentes formes, notamment, par la mise en œuvre de visites au sein de l'établissement du franchisé⁵²⁸ ou par la mise en place d'une hotline permettant au franchisé de contacter son franchiseur afin qu'il lui apporte une solution rapide aux difficultés techniques qu'il rencontrera lors de l'exploitation du savoir-faire. La formation continue a pour finalité première de diffuser les évolutions apportées au savoir-faire et de veiller à leur assimilation par le franchisé. L'obligation d'assistance, quant à elle,

⁵²⁰ Règlement européen d'exemption n°330/2010 du 20 avr. 2010

⁵²¹ DISSAUX (N.) : « Franchise », Rép. com, n°84 et s.

⁵²² SERGENT (F.) : « L'obligation d'assistance du franchiseur », LPA 2 nov. 2009, n°218 p5.

⁵²³ LE TOURNEAU (P.) : « Le franchisage », JCP N n°2, 11 janv. 1985, 100081 ; LE TOURNEAU (P.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Action Dalloz 2014/2015, n°5697 ; Cass. Com., 18 nov. 2008, pourvoi n°07-18599 ; CA. Paris., 8 mars 1996, D. 1996, p. 109.

⁵²⁴ ATIAS (C.) : « *Le contentieux de la franchise* », Annales des loyers, 1994, n°22, p. 1112.

⁵²⁵ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 Juillet 1992, 100982.

⁵²⁶ KAHN (M.) : « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} édition, DUNOD, 2009, p.18.

⁵²⁷ SERGENT (F.) : « L'obligation d'assistance du franchiseur », LPA, 2 nov. 2009, n°218 p5.

⁵²⁸ TC. Rouen., 29 sept. 2008, RG n°2006-003843.

permet d'aider le franchisé à surmonter les difficultés rencontrées au sein de son établissement lors de l'exploitation du franchisé. Cette assistance peut-être de nature technique et se traduire par la présence du franchiseur avant et pendant la période d'ouverture de l'établissement de son franchisé⁵²⁹. Elle peut aussi se matérialiser par des visites périodiques au sein de l'établissement du franchisé, par la création d'un intranet propre au réseau afin d'échanger directement avec le franchiseur sur les difficultés rencontrées ou par la mise en place d'une hotline. L'assistance peut être de nature commerciale et se traduira par la délivrance de la part du franchiseur à destination de son franchisé de conseils dans les domaines de la communication ou encore du management. Si dans leurs contenus ces obligations sont différentes, elles sont toutefois complémentaires, voire interdépendantes⁵³⁰. Mais l'obligation d'émission du savoir-faire n'impose pas au franchiseur de garantir la réussite commerciale du franchisé.

69. L'absence d'obligation pour le franchiseur de garantir la réussite commerciale de son franchisé. Par un arrêt du 9 juillet 2019, la Cour d'appel de Limoges est venue affirmer que le contrat de franchise ne met pas à la charge du franchiseur, une obligation de garantir la réussite commerciale de son franchisé. En effet pour ladite Cour : *« si le principe de la franchise consiste en la reproduction par les franchisés du modèle de réussite du franchiseur, le contrat de franchise ne comporte à la charge de ce dernier aucune obligation de réussite commerciale de son co-contractant, puisqu'il se caractérise par la transmission d'un savoir-faire original effectuée par le paiement d'une redevance, et que le bon usage de ce savoir-faire afin d'atteindre la réussite commerciale attendue repose sur la propre aptitude du franchisé à développer son activité commerciale par sa capacité à reproduire et respecter ce savoir-faire »*. A première vue, cette décision semble entrer en

⁵²⁹ GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-2, n°49 et s.

⁵³⁰ BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) : « La rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-2 : « toute communication du savoir-faire comporterait en elle-même un peu d'assistance, même si on l'appelle « formation ». Il ne serait donc pas possible d'exclure toute assistance, car on exclurait par là même la communication du savoir-faire. Par ailleurs, et de toute façon, exclure l'obligation d'assistance, même au-delà de la communication initiale du savoir-faire, présenterait le danger de fragiliser le savoir-faire et le réseau. S'il n'y a besoin d'aucune assistance pour utiliser durablement le savoir-faire, c'est probablement que le concept n'est pas substantiel, et c'est peut-être le savoir-faire qui sera contesté par les franchisés. En outre, si le savoir-faire est vraiment substantiel, et que le franchiseur n'aide absolument pas le franchisé à l'appliquer correctement, c'est l'image de marque du réseau qui peut en pâtir ».

contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui admet que la rentabilité relève de la substance même du contrat de franchise. En adhérant au contrat de franchise et plus largement au réseau du franchiseur, le franchisé cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel sur le marché sur lequel il va s'implanter. Le franchisé vise à réitérer la réussite commerciale du franchiseur qui doit se traduire par la rentabilité de sa propre activité. En affirmant qu'il ne repose sur la personne du franchiseur aucune obligation de garantir la réussite commerciale de son franchisé, la Cour d'appel de Limoges ne viendrait-elle pas extraire la rentabilité du champ contractuel de la franchise ? Il convient de répondre par la négative à cette question, dans la mesure où ce sont les qualités intrinsèques du franchisé qui lui permettront de maîtriser le savoir-faire et donc de pouvoir réitérer la réussite commerciale. Le franchisé doit donc s'investir personnellement dans l'exploitation de son établissement. La seule transmission d'un savoir-faire ne saurait garantir le succès commercial au franchisé si celui-ci ne consacre pas toute son énergie et son temps afin de parvenir à ce succès. Par ailleurs, le franchisé étant un commerçant indépendant, il ne peut attendre de son franchiseur qu'il exploite son établissement à sa place. En définitive, la transmission du savoir-faire ne saurait à elle seule procurer et encore moins garantir la réussite commerciale du franchisé, si ce dernier n'est pas apte à gérer et développer sa propre activité, ou encore à reproduire les techniques qui lui ont été enseignées lors de la formation initiale par le franchiseur.

L'importance de l'émission du savoir-faire au sein du contrat de franchise permet d'affirmer qu'il s'agit d'une obligation essentielle de ce contrat. Par conséquent, le manquement du franchiseur à cette obligation peut avoir d'importantes répercussions sur la relation contractuelle existante.

Section II : Les conséquences du manquement du franchiseur à son obligation d'émission du savoir-faire

70. Plan. Le succès de la franchise comme mode de distribution peut s'expliquer par les nombreux avantages qu'elle procure aux parties et notamment au franchisé. En effet, ce dernier espère par l'intermédiaire de ce contrat, réitérer la réussite commerciale du franchiseur en exploitant à son tour le savoir-faire qui lui a été transmis préalablement.

D'ailleurs, nombreux sont les commerçants à vouloir intégrer un réseau estimant que la franchise leur permettra de prévenir au maximum les risques d'échec de leur future activité. En dépit du fait que le contrat de franchise ne constitue pas une garantie contre l'aléa économique, de plus en plus de franchisés déçus par leurs propres résultats tentent de s'extraire de leurs relations contractuelles en invoquant les manquements du franchiseur à son obligation de transmission⁵³¹. Parce que le savoir-faire occupe une place centrale au sein du contrat de franchise, il cristallise une grande partie du contentieux⁵³². Ainsi, les manquements du franchiseur à son obligation de transmission pourront entraîner la nullité du contrat de franchise (**Paragraphe I**), ainsi que sa résolution (**Paragraphe II**). On constate, en jurisprudence, une tendance à la requalification du contrat de franchise lorsque le pseudo-franchiseur n'a pas transmis de savoir-faire, le tout afin de préserver la relation contractuelle existante (**Paragraphe III**).

Paragraphe I : La nullité du contrat de franchise pour absence de savoir-faire

71. Plan. Un rapide état des lieux de la jurisprudence permet de se rendre compte que le franchisé peut tenter d'obtenir la nullité du contrat de franchise de plusieurs manières⁵³³ (**A**). Le prononcé d'une telle nullité pose alors la question de la détermination du préjudice subi par le franchisé et de son indemnisation (**B**). Par ailleurs, les évolutions relatives aux conditions de validité du contrat apportées par la réforme du droit des obligations, conduisent à s'interroger sur leurs incidences en matière de franchise (**C**).

A. La diversité des moyens invoqués par le franchisé afin d'obtenir la nullité du contrat de franchise

72. Plan. Afin d'obtenir la nullité du contrat, le franchisé a recours aux notions de cause (**1°**), ou d'objet (**2°**). Il peut aussi se placer sur le terrain du dol pour tenter une telle

⁵³¹ DESCHAMPS (O.) : « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis : revue pratique de la jurisprudence récente », AJCA 2014 p. 56 ; GOUACHE (J-B.) : « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise », CCC n°11, nov. 2015, étude 15 ; SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.

⁵³²BOUVIER (A.) : « *Regards sur le contrat de franchise* », Thèse, Montpellier, 2015.

⁵³³BUCHER (C-E.) : « La validité d'un contrat de franchise », LEDICO mars 2019, n°111y4, p.2

action (3^o). Toutefois, si le franchisé arrive à rapporter la preuve d'un manquement du franchiseur à son obligation de transmission, encore faut-il que l'action en nullité respecte certaines conditions (4^o)

1^o. La nullité du contrat de franchise pour absence de cause

73. La cause, une notion longtemps incontournable en droit des contrats. Avant l'adoption de la réforme du droit des obligations, le législateur de 1804 avait fait de la cause l'une des conditions de validité du contrat⁵³⁴. La cause était une notion « phare » du droit des contrats, mentionnée au sein de l'ancien article 1108 relatif aux conditions de validité et régie, par une section qui lui était dédiée⁵³⁵. Malgré son importance, le législateur n'avait pas jugé utile de la définir, laissant le soin à la jurisprudence ainsi qu'à la doctrine de préciser le contenu de cette notion. Ainsi, et de manière schématique, la cause renvoyait à la question de la détermination des raisons pour lesquelles l'une des parties s'était engagée. La conception de la cause qui s'était imposée était dualiste, quoique la terminologie employée ait pu varier d'un auteur à un autre. On distinguait ainsi, la cause subjective de la cause objective, ou encore la cause de l'obligation de la cause du contrat. La cause de l'obligation ou cause objective, renvoyait à la notion de contrepartie immédiate attendue par le contractant⁵³⁶. *A contrario*, la cause du contrat dite cause subjective renvoyait quant à elle, aux motifs poursuivis par le contractant⁵³⁷. Cette conception dualiste avait pu être adoptée par la jurisprudence : « *si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé* »⁵³⁸. En tant qu'ancienne condition de validité, la cause se retrouvait logiquement au sein du contrat de franchise.

⁵³⁴ Art. 1108 ancien du C. civ. : « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

⁵³⁵ Art. 1131 à 1133 ancien du C. civ.

⁵³⁶ ROCHFELD (J.) : « Cause », Rép. Civ. Dalloz, sept. 2012, n°14 et s ; DELANGLE (C.) : « La fausse opposition de la cause objective et de la clause subjective », JCP E n°20, 14 mai 2015, p. 1224

⁵³⁷ MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : « Droit civil, T. II, vol. 1, Les obligations », 2^e éd., 1988, Sirey, n°203, p. 207.

⁵³⁸ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, Bull. civ. I, n°293 ; GAJC, 11^e éd. n°155.

74. La transmission d'un savoir-faire, cause de l'obligation du franchisé. Dans le contrat de franchise, la cause objective de l'obligation du franchisé se trouvait dans la transmission du savoir-faire par le franchiseur⁵³⁹. En effet, le franchisé est tenu contractuellement de verser un droit d'entrée et des redevances qui trouveront leurs contreparties dans la transmission d'un savoir-faire et dans la mise à disposition de signes distinctifs⁵⁴⁰. C'est d'ailleurs parce qu'elle constituait la cause de l'obligation du franchisé, que la transmission du savoir-faire est considérée comme une obligation essentielle pour le franchiseur⁵⁴¹ et, par la même occasion, comme une condition de validité à part entière du contrat de franchise⁵⁴². Par conséquent, l'absence de savoir-faire avait pour effet d'emporter la nullité du contrat de franchise sur le fondement des anciens articles 1108 et 1131 du Code civil⁵⁴³. Toutefois, avant de prononcer la nullité du contrat, les juges du fond devaient apprécier, d'une part, si le savoir-faire transmis était à la fois secret, substantiel et identifié⁵⁴⁴ et, d'autre part, la qualité de la formation dispensée au franchisé⁵⁴⁵. Ainsi, il avait été admis qu'un contrat de franchise « doit être déclaré nul et de nul effet comme dépourvu de cause lorsque la partie substantielle des droits concédés réside dans l'utilisation d'une machine par l'adhérent, transmission ne constituant pas un savoir-faire original, alors que ces éléments étaient mis à la disposition de tout acquéreur d'un matériel de ce type et que les documents techniques transmis avec la méthode d'utilisation de la machine pour constituer l'ensemble des données mises à la disposition du franchisé ne sont que la reproduction intégrale d'un fascicule technique édité par divers syndicats professionnels »⁵⁴⁶. La nullité devait également être prononcée pour absence de cause lorsque « le contrat de franchise dont les éléments caractéristiques, à savoir la communication d'un savoir-faire original et expérimenté à la conclusion du contrat (...) font défaut »⁵⁴⁷. Avant sa suppression en 2016, la cause était le moyen privilégié par le franchisé

⁵³⁹ BOUVIER (A.) : « Regards sur le contrat de franchise », Thèse, Montpellier, 2015.

⁵⁴⁰ GAST (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir-réussir », LPA, 3 nov. 1995, n°132, p.9.

⁵⁴¹ Cass. Com. 9 oct. 1990., RTD civ. 1991, p. 325, obs. MESTRE J.

⁵⁴² CA. Paris, 22 sept. 1992, D. 1995. p.76

⁵⁴³ Cass. Com., 14 sept. 2010, n°09-17.079 ; CA. Grenoble., 23 avr. 2009, Juris-Data n°2009-004990.

⁵⁴⁴ DE BAKKER (F.) et ANCELIN (O.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA 2015, p. 333

⁵⁴⁵ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Faute d'un véritable savoir-faire, un contrat de franchise peut être annulé », CCC n°8, Aout 2011, comm.192.

⁵⁴⁶ CA. Paris, 22 sept. 1992, D. 1995. p.76

⁵⁴⁷ CA. Paris. 11 juin 1992, D. 1992 p. 391.

afin d'obtenir la nullité du contrat, lorsque le franchiseur était en réalité dépourvu d'un véritable savoir-faire. Ainsi, la quasi-totalité des décisions prononçant la nullité du contrat pour défaut de savoir-faire transmis ont été rendues sur le fondement de la cause. C'est parce que le franchisé attend de son franchiseur qu'il lui transmette un savoir-faire, qu'il adhère au contrat de franchise. Mais, pour obtenir la nullité du contrat de franchise encore fallait-il que le franchisé arrive à démontrer aux juges du fond que la méthode transmise ne constituait pas un réel savoir-faire.

75. L'appréciation minutieuse des éléments constitutifs du savoir-faire, dans l'admission ou le rejet d'une action en nullité du contrat de franchise fondée sur l'absence de cause. On recense un grand nombre de décisions prononçant la nullité du contrat de franchise pour absence de cause, lorsqu'il avait été communiqué au franchisé un pseudo savoir-faire⁵⁴⁸. Cela ne signifie pas pour autant qu'un franchisé, insatisfait de ses résultats comptables, pouvait obtenir automatiquement la nullité du contrat de franchise en arguant de l'absence de savoir-faire transmis. Les juges du fond effectuaient en effet une appréciation minutieuse du contenu des informations transmises avant de statuer sur la demande de nullité du franchise⁵⁴⁹. A titre d'exemple, la demande de nullité pour absence de cause a été rejetée puisque, pour les juges du fond, « *le franchiseur avait sélectionné des articles pour le franchisé pour en faire une collection adaptée à une clientèle particulière, tout en assurant des prestations d'assistance technique, financière et comptable* »⁵⁵⁰. Un franchisé a aussi été débouté de sa demande dans la mesure où « *le savoir-faire était le fruit d'une expérience acquise par le franchiseur dans divers pays, et que ce savoir-faire n'est pas directement accessible même à un professionnel de la branche d'activité, compte tenu de la notoriété de la marque, de la diversité et des exigences de la clientèle, de la concurrence inter-marques et des méthodes de vente spécifiques au produit* »⁵⁵¹. En outre, il a été considéré qu'un franchisé exploitant un salon de coiffure ne pouvait se prévaloir de la nullité du contrat puisque le savoir-faire transmis résidait dans une méthode commerciale

⁵⁴⁸ CA. Paris, 29 sept. 1992, *D.*1995, p. 76 ; CA. Chambéry, 31 mars 2015, *AJ Contrat* 2015, p. 333.

⁵⁴⁹ REGNAULT (S.) : « Assistance du franchiseur, obligation de moyens – transmission du savoir-faire, obligation de faible intensité », *AJ contrat* 2018, p. 92.

⁵⁵⁰ CA. Colmar, 9 mars 1990. *D.* 1990, p. 232.

⁵⁵¹ CA. Paris. 27 mai 1993, *D.* 1995. p.76.

particulière⁵⁵². Enfin, le franchisé d'une enseigne de distribution ne peut arguer de la nullité du contrat de franchise pour absence de cause dès lors que le franchiseur a transmis un savoir-faire matérialisé par la mise à disposition : « *d'une sélection d'articles ou de produits spécialisés présentant un caractère de spécificité ou d'originalité indéniable et destinés à un certain type d'activité* »⁵⁵³.

Si la notion de cause constituait le fondement le plus utilisé par les franchisés afin d'obtenir la nullité du contrat de franchise en l'absence de transmission d'un savoir-faire, certaines décisions ont néanmoins prononcé cette nullité sur le fondement de l'objet.

2°. Le recours à la notion d'objet pour obtenir la nullité du contrat de franchise

76. L'objet, une ancienne condition de validité du contrat. Si l'absence de cause constituée l'argument majoritairement utilisé par les franchisés pour faire annuler le contrat de franchise, certains franchisés ont eu recours à la notion d'objet pour tenter d'obtenir la nullité. Tout comme la cause, l'ancien article 1108 du Code civil faisait de l'objet une condition de validité du contrat, puisque, pour qu'un contrat soit valablement formé, la chose, objet de la prestation de l'une des parties, devait exister ou être déterminée (ou déterminable) au moment de la conclusion du contrat. En effet, l'ancien article 1126 du Code civil posait le principe selon lequel : « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* »⁵⁵⁴. Il est évident que le contrat de franchise met à la charge du franchiseur différentes obligations à l'égard de son franchisé, dont la principale réside dans la transmission d'un savoir-faire. Conformément aux dispositions de l'ancien article 1126 du Code civil, le contrat de franchise se devait de préciser le contenu du savoir-faire, ainsi que les modalités de transmission.

77. L'appréciation de la notion d'objet au sein du contrat de franchise. Pour certains auteurs, l'objet principal du contrat de franchise est la réitération de la réussite

⁵⁵² CA. Paris, 26 nov. 1992, *D.* 1995 p.76

⁵⁵³ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire », *LPA*, 7 janv. 1998, n°3, p. 14.

⁵⁵⁴ Dans sa rédaction antérieure à l'ord. du 10 oct. 2016.

commerciale du franchiseur. Or, cette réitération ne sera possible que par la transmission d'un savoir-faire secret, identifié et substantiel à destination du franchise⁵⁵⁵. Ainsi, si le franchiseur n'est pas détenteur d'un véritable savoir-faire, le franchiseé pourra demander la nullité du contrat de franchise puisque ce dernier sera dépourvu d'objet⁵⁵⁶. Un arrêt de la Cour d'appel de Colmar a d'ailleurs mis en lumière l'importance du savoir-faire en tant qu'objet principal du contrat de franchise. En l'espèce, un contrat de franchise avait été signé entre un agent immobilier (franchiseur) et le gérant d'un centre commercial (franchiseé) afin d'implanter une agence immobilière au sein dudit centre. Insatisfait des résultats de son activité, le franchiseé décida de suspendre le paiement des redevances dues à son franchiseur. Ce dernier assigna le franchiseé afin d'obtenir le recouvrement des échéances impayées. Le franchiseé forma une demande reconventionnelle en nullité du contrat de franchise pour absence d'objet. La Cour d'appel, dans un considérant de principe explicite, confirma le jugement attaqué et débouta une nouvelle fois le franchiseur de ses différentes demandes en affirmant qu'il est constant : *« selon la jurisprudence française et selon les règlements européens, que l'objet essentiel du contrat de franchise est la transmission d'un savoir-faire spécifique, non divulgué, à un franchiseé qui adhère à un concept particulier. (Qu'en l'espèce) il n'y a pas eu de transmission d'un savoir-faire spécifique, et (...) le franchiseur s'est borné à fournir à son franchiseé des informations générales et publiques. Par ailleurs, aucun concept particulier et aucune méthode de travail propre à une agence immobilière n'ont été développés par le prétendu franchiseur. Par conséquent, le contrat conclu est nul en tant que contrat de franchise »*⁵⁵⁷. Comme en matière de défaut de cause, les juges du fond avaient recours à la technique du faisceau d'indices pour apprécier l'existence d'un savoir-faire notamment en prenant en compte l'expérience du franchiseur, le contenu des documents transmis au franchiseé ou encore l'absence de réussite commerciale de ce dernier⁵⁵⁸. Les décisions prononçant la nullité du contrat de franchise pour absence d'objet sont toutefois rares, puisque les franchiseés privilégiaient la notion de cause à celle d'objet

⁵⁵⁵ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Franchise : défaut de transmission du savoir-faire et requalification du contrat », CCC n°1, jan. 2012, comm.19.

⁵⁵⁶ CA. Chambéry., 31 mars 2015, n°13/02706, AJCA 2015, p. 333

⁵⁵⁷ CA. Douai., 19 juill. 2011, JurisData n°2011-016256 ; CA. Versailles, 7 mars 2002, JurisData n°2002-22520 : RJDA 2002, n°756 ; Cass. Com., 21 mars 1995, n°93-17.040, RJDA 1995, n°1193.

⁵⁵⁸ ANCELIN (O.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA 2015, p. 333.

pour fonder leurs actions. L'objet et la cause ne sont, toutefois, pas seuls motifs de nullité pouvant être invoqués par le franchisé.

3°. La nullité du contrat de franchise en raison de la présence d'un dol

78. Les manœuvres dolosives du franchiseur à l'origine de l'action en nullité du franchisé. Erigé au rang de vice du consentement au même titre que la violence et l'erreur, le dol est généralement défini comme étant : « *une pratique blâmable, une manœuvre déloyale ou frauduleuse commise par une partie au détriment d'une autre* »⁵⁵⁹. L'ancien article 1116 du Code civil précisait que : « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé* ». La nullité du contrat de franchise en raison d'un dol du franchiseur est souvent invoquée par le franchisé. En effet, ce dernier prétend souvent que le franchiseur a manqué, malicieusement, à son obligation d'information précontractuelle, telle que prévue par la loi Doubin. Toutefois, certaines décisions ont admis par le passé que la nullité du contrat de franchise pouvait être prononcée en raison d'un dol du franchiseur en dehors de tout contentieux lié à la remise du document d'information précontractuel⁵⁶⁰. Compte tenu des nombreux avantages financiers procurés au franchiseur par le contrat de franchise et le succès important de ce mode de distribution, nombreux sont les individus désireux de profiter dudit succès, à se considérer comme franchiseur dans le seul but d'obtenir l'adhésion des futurs candidats franchisés à leur concept qui est pourtant inexistant. D'ailleurs, il existe en jurisprudence de multiples exemples dans lesquels des prétendus franchiseurs font preuve de stratagèmes afin d'obtenir la signature du franchisé notamment en exagérant l'importance de leurs compétences, du réseau ou encore de la notoriété de la marque. Par exemple, la nullité du contrat de franchise a été prononcée lorsque le concept portant sur l'exploitation d'une agence matrimoniale ne reposait en réalité sur aucun savoir-faire, puisque le franchiseur avait trompé son franchisé sur le contenu des prestations offertes, ainsi que sur

⁵⁵⁹FAGES (B.) : « *Droit du contrat* », Lamy, Juill. 2020, n°620.

⁵⁶⁰Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2009, n°08-15.927, CCC 2010, comm. n°176, note N. MATHEY ; D. 2011, p. 551 obs. D. FERRIER.

l'existence du réseau, mais surtout lui avait caché n'avoir jamais exercé l'activité de conseiller matrimonial⁵⁶¹. La nullité du contrat de franchise pour dol a été aussi prononcée lorsque que le franchiseur avait assuré au franchisé détenir un important niveau de compétences alors qu'en réalité il n'en était rien. En l'espèce, le franchiseur avait usé de manœuvres consistant à le faire passer pour un expert des soins esthétiques alors que le franchiseur venait tout juste de débiter son activité dans ce secteur⁵⁶². En définitive, le défaut de cause, d'objet et le dol sont les moyens privilégiés par le franchisé pour obtenir la nullité du contrat de franchise dans le cas où le franchiseur ne transmet aucun savoir-faire. Encore faut-il, que le franchisé veille à vérifier, en amont de son action en nullité, un certain nombre de points.

4°. Les vérifications préalables devant être effectuées par le franchisé avant l'exercice de son action en nullité

79. L'exercice de l'action en nullité pour absence de savoir-faire soumise à une double vérification par le franchisé. L'absence de réussite commerciale rencontrée tout au long de l'exécution du contrat de franchise conduira le franchisé mécontent à remettre en cause la validité du contrat en arguant de l'absence de transmission d'un savoir-faire⁵⁶³. Par l'intermédiaire de son action en nullité, le franchisé cherche à engager la responsabilité du franchiseur, afin qu'il endosse et supporte les conséquences de l'échec de sa propre activité. On le sait, le savoir-faire est un élément essentiel du contrat de franchise, raison pour laquelle il doit impérativement exister au moment de la conclusion du contrat⁵⁶⁴. La jurisprudence n'hésite pas à rappeler que, pour prononcer la nullité du contrat de franchise⁵⁶⁵, le juge doit se placer au jour de la signature du contrat afin d'apprécier l'existence ou non, du savoir-faire⁵⁶⁶. Cependant, le franchisé ne saurait se contenter d'invoquer l'absence d'un savoir-faire au moment de la signature du contrat de franchise pour obtenir satisfaction. Encore faut-il qu'il vérifie qu'il soit dans les délais pour agir.

⁵⁶¹ CA. Toulouse. 12 Mai 1987. Juris-Data n°1987-044567.

⁵⁶² MATHEY (N.) : « Savoir-faire et annulation du contrat de concession pour dol », CCC n°7, juill. 2010, comm. 176.

⁵⁶³ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

⁵⁶⁴ DISSAUX (N.) : « Franchise », Rép. com, avril 2014, n°85.

⁵⁶⁵ MAROT (Y.) : « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998, n°3, p.14.

⁵⁶⁶ Cass. Com., 26 mars 1996, pourvoi n°94-14853, Juris-Data n°1996-001397.

80. La nécessité pour le franchisé d'intenter son action en nullité dans une période précise. Tout d'abord, l'action en nullité du franchisé ne pourra aboutir qu'à la condition qu'elle soit exercée à l'intérieur du délai de prescription quinquennale, autrement dit dans les cinq années à compter de la signature du contrat de franchise. Le franchisé devra vérifier si le contrat de franchise ne contient pas une clause dite de prescription abrégée, dans laquelle le délai d'exercice de l'action en nullité serait réduit à une durée ne pouvant pas être inférieure à une année⁵⁶⁷. Mais surtout, le franchisé devra veiller à ne pas laisser un délai trop important entre la signature du contrat de franchise et son action en nullité. En effet, il sera difficile pour lui d'invoquer l'absence de savoir-faire, alors qu'il aura exécuté le contrat de franchise pendant de nombreuses années sans solliciter de son franchiseur la moindre assistance⁵⁶⁸. Le franchiseur pourra ainsi rétorquer que son franchisé était parfaitement satisfait du savoir-faire qui lui a été transmis puisqu'il a attendu des années avant d'exercer son action. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Colmar a rejeté l'action en nullité intentée par un franchisé au motif qu'il avait suivi la formation initiale dispensée par le franchiseur, mais également, parce qu'il avait bénéficié d'une assistance technique matérialisée par des consultations psychologiques et des stages informatiques⁵⁶⁹. À l'inverse, le franchisé ne saurait agir immédiatement après la signature du contrat pour demander la nullité du contrat en arguant de l'inexistence du savoir-faire. Il n'aura pas le recul nécessaire au regard des résultats de son propre établissement pour démontrer que la réitération de la réussite commerciale du franchiseur est impossible. La jurisprudence ne conditionne pas l'exercice de l'action en nullité au seul respect de ces considérations temporelles. Le franchisé devra encore vérifier préalablement à l'exercice de son action, l'absence au sein du contrat de franchise d'une clause par laquelle il aurait reconnu l'existence et la consistance du savoir-faire transmis⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ GOUACHE (J-B.) : « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise », CCC n°11, nov. 2015, étude 15.

⁵⁶⁸ FERRIER (D.) : « Éléments constitutifs du savoir-faire que le franchiseur doit transmettre au franchisé », *D.* 1995, p.76.

⁵⁶⁹ CA. Colmar. 9 mars 1990. *D.* 1990 p 232

⁵⁷⁰ Cass. Com. 10 mai 1994, Lettre de la distribution, Juillet 1994.

81. La clause par laquelle le franchisé reconnaît expressément la réalité du savoir-faire transmis, un obstacle à une action en nullité du contrat ? Nombreux sont les franchiseurs qui intègrent, au sein du contrat, une clause qui indique que le franchisé reconnaît que la méthode transmise par le franchiseur constitue bien un réel savoir-faire. De plus, les franchiseurs n'hésitent pas à faire signer des attestations à leurs franchisés dans lesquelles il est précisé qu'ils ont bien participé aux sessions de formations et qu'un savoir-faire leur a été transmis à cette occasion. Cette clause ainsi que ces attestations constitueront des moyens de défense pour le franchiseur, puisqu'en cas de litige, il lui appartient de rapporter la preuve qu'il a bien mis au point un savoir-faire, mais surtout qu'il l'a bien transmis au franchisé⁵⁷¹. Cependant, cette clause n'a pas pour effet de faire renoncer le franchisé à l'exercice d'une éventuelle action en nullité du contrat pour défaut de transmission d'un savoir-faire. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 1178 du Code civil indique qu'un « *contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ». Parce que les conditions de validité du contrat sont des dispositions d'ordre public, la clause qui viendrait interdire, *ab initio*, au franchisé d'intenter une action en nullité du contrat pour défaut de transmission du savoir-faire serait nulle. La situation diffère lorsque le contrat comprend une clause par laquelle le franchisé reconnaît que le concept du franchiseur repose sur un savoir-faire en cours d'expérimentation et donc susceptible d'entraîner un échec⁵⁷². En effet, l'intégration d'un tel aléa dans le champ contractuel empêchera le franchisé de pouvoir demander la nullité du contrat de franchise puisqu'il savait pertinemment que le concept n'était pas suffisamment éprouvé. Toujours est-il que si l'action en nullité du franchisé est recevable, il faudra encore que le franchisé détermine avec précision le préjudice subi du fait du prononcé de la nullité du contrat de franchise.

B. La réparation du préjudice subi par le franchisé en raison du prononcé de la nullité du contrat de franchise

⁵⁷¹ CA. Nîmes., 14 févr. 2006, n° 03/04429 : JurisData n° 2006-301670 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) : « La rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-2, n°20.

⁵⁷² CA. Rouen., 14 mars 1992, RJDA août/sept. 1992, p. 671.

82. Un préjudice essentiellement financier pour le franchisé. L'article 1178 du Code civil pose le principe selon lequel : « *un contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* ». Si la nullité empêche le contrat de produire ses effets pour l'avenir, elle entraîne également l'anéantissement rétroactif de celui-ci⁵⁷³. Les effets produits par le contrat entre le moment de sa signature et le prononcé de sa nullité seront donc censés n'avoir jamais existés. Le prononcé de la nullité implique que les différentes parties soient remises dans la situation dans laquelle chacune se trouvait avant la signature du contrat. Concrètement, le franchiseur sera tenu de restituer au franchisé l'ensemble des dépenses effectuées afin de pouvoir exercer son activité. Seront ainsi restitués, le droit d'entrée⁵⁷⁴, l'ensemble des redevances versées depuis la signature du contrat⁵⁷⁵, ainsi que les factures liées à la formation, ou encore la totalité des dépenses se rapportant aux travaux d'agencement et autres investissements spécifiques⁵⁷⁶. De son côté, le franchisé devra, d'une part, restituer l'ensemble du matériel nécessaire à l'exploitation du savoir-faire⁵⁷⁷, et, d'autre part, cesser d'utiliser les signes distinctifs mis à sa disposition par le franchiseur sous peine d'être condamné sur le fondement du parasitisme économique à devoir lui verser des dommages et intérêts⁵⁷⁸. Le dernier alinéa du nouvel article 1178 du Code civil consacre ensuite la possibilité offerte au franchisé de formuler une demande en dommages et intérêts indépendamment de l'action en nullité. L'emploi du terme « indépendamment » peut sembler maladroit dans la mesure où l'action en nullité et l'action en dommages et intérêts

⁵⁷³ LAITHIER (Y.-M.) : « Le bénéfice retiré du contrat annulé n'est pas restituable », RDC 2015, n°111s3, p.230

⁵⁷⁴ CA. Paris., 23 juin 2006, Juris-Data n°312403.

⁵⁷⁵ MATHEY (N.) : « Savoir-faire et annulation du contrat de concession pour dol », CCC n°7, juill. 2010, comm. 176.

⁵⁷⁶ CA. Paris., 26 oct. 2006, Juris-Data n°322712.

⁵⁷⁷ CA. Paris., 19 nov. 2008, n°06/02583, Juris-Data n°2008-372538 ; MALAURIE-VIGNAL (.M.) : « Etendue de l'obligation de restitution du franchise à la cessation du contrat », CCC n°4, avr. 2008, comm. 99.

⁵⁷⁸ SIMON (F.-L.) : « L'extinction du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p. 65 ; REGNAULT (S.) : « Obligation de déposer les signes distinctifs d'appartenance au réseau en cas de rupture du contrat », AJCA 2014, p. 244.

semblent intimement liées. En effet, le franchisé ne pourra obtenir des dommages et intérêts qu'à la condition que le prononcé de la nullité du contrat de franchise n'ait pas eu pour effet de réparer intégralement le préjudice subi. Par ailleurs, et comme l'a rappelé la Cour de cassation, les dommages et intérêts alloués au franchisé doivent « *seulement indemniser la perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses* »⁵⁷⁹. Au final, les nouvelles dispositions contenues aux articles 1178 et suivants du Code civil relatives à la nullité du contrat, n'auront qu'un impact assez limité sur l'exercice de l'action en nullité puisqu'elles se contentent de consacrer une jurisprudence déjà bien établie. Toutefois, l'ordonnance du 10 février 2016, apporte des évolutions plus marquantes notamment au sujet des conditions de validité du contrat conduisant à évaluer leur impact sur l'action en nullité du contrat de franchise.

C. Les conséquences de la réforme du droit des obligations sur l'exercice de l'action en nullité du contrat de franchise.

83. La suppression de la cause comme condition de validité du contrat. Parmi les nombreux objectifs affichés par la réforme du droit des obligations, le législateur souhaitait notamment simplifier les règles relatives aux conditions de validité du contrat⁵⁸⁰. Pour cela, les conditions posées par l'ancien article 1108 du Code civil ont été sensiblement modifiées. En effet, le nouvel article 1128 du Code civil prévoit désormais que : « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain* ». Il s'agit sans doute d'une des évolutions les plus marquantes apportée par la réforme puisque les notions d'objet mais surtout de cause sont supprimées et remplacées par une notion plus large et plus floue à savoir celle de contenu⁵⁸¹. Il ressort d'ailleurs du rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, que le choix de supprimer la cause est motivé par le constat selon lequel d'une part, la cause est une notion absente de la plupart des droits européens, et d'autre part, qu'il s'agit d'une notion « *mal définie et qui recouvre en réalité une multiplicité*

⁵⁷⁹Cass. Com., 31 janv. 2012, n°11-10.834 ; Cass. Com., 25 nov. 2014, n°13-24.658.

⁵⁸⁰ FOURGOUX (J-L.) : « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJCA 2016, p. 127.

⁵⁸¹ MALINVAUD (P.) : « Le *contenu certain* du contrat dans l'avant-projet *Chancellerie* de code des obligations ou le *stoemp* bruxellois aux légumes », D. 2008, p. 2551.

de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser (...) ». La suppression de la cause a fait l'objet d'un intense débat doctrinal, certains auteurs s'opposant farouchement à sa suppression puisque, selon eux, elle « serait irremplaçable en pratique, indispensable en théorie et cruciale culturellement »⁵⁸². Pour d'autres, au contraire, la cause était une notion désuète, inutile et complexe⁵⁸³.

84. La préservation des fonctions de la cause. Pour autant, si la notion de cause ne se retrouve plus au sein des dispositions du Code civil, il n'empêche que les fonctions de celle-ci demeurent⁵⁸⁴. En effet, le rapport précise que : « l'apport de la réforme (...) consiste dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées ». Le législateur a donc fait le choix de supprimer le mot « cause » tout en maintenant ses fonctions⁵⁸⁵, ce qui pourrait démontrer que la cause est bel et bien une notion indispensable en droit français⁵⁸⁶. Ainsi, le nouvel article 1162 prévoit que : « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». L'emploi du but contractuel fait inmanquablement penser à la cause subjective, dont on doit contrôler la licéité. Au contraire l'article 1169 consacre la fonction de la cause objective puisqu'il affirme : « qu'un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». En définitive, l'absence de la cause au sein des conditions de validité du contrat posées par le nouvel article 1128, ne devrait pas être à l'origine de changements importants ni dans la pratique ni en jurisprudence, puisque le législateur a veillé à préserver l'utilité de la cause, sans pour autant la nommer.

⁵⁸² GENICON (T.) : « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. A propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p. 1551.

⁵⁸³ LAGARDE (X.) : « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p.740 ; AYNES (L.) : « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patr.* oct. 2014, n°240, p. 40.

⁵⁸⁴ MAZEAUD (D.) : « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. et patr.* oct. 2014, p. 38.

⁵⁸⁵ GRIMALDI (C.) : « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015, p. 814 ; LAGARDE (X.) : « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p.740 ; AYNES (L.) : « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patr.* oct. 2014, n°240, p. 40.

⁵⁸⁶ GENICON (T.) : « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. A propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p. 1551.

85. Les conséquences sur le contrat de franchise. Ainsi, le franchisé désireux d'obtenir la nullité du contrat de franchise en raison de l'absence d'un savoir-faire transmis doit aujourd'hui se tourner vers les articles 1128 et 1169 du Code civil. Toutefois, un auteur a fait remarquer, que l'emploi du terme contrepartie par l'article 1169 pourrait rendre plus difficile, pour le franchisé, l'obtention de la nullité du contrat de franchise. En effet, la transmission d'un savoir-faire constitue la cause de l'obligation du franchisé au paiement des différentes redevances qui sont dues au franchiseur⁵⁸⁷. Or, l'emploi par le législateur du terme de contrepartie est susceptible d'imposer au juge : « *d'avoir une vision plus large du rapport contractuel, voire de l'économie globale des relations entre les parties. La mise à disposition de la marque, de l'enseigne, la formation, l'assistance, la publicité sont autant de contreparties qui permettront peut-être aux franchiseurs de soutenir que l'ensemble de ces prestations forme une contrepartie non illusoire et non dérisoire aux obligations du franchisé, quoique la réalité et l'originalité du seul savoir-faire puissent apparaître contestables* »⁵⁸⁸. Il convient cependant de nuancer cette affirmation, puisqu'en l'absence de savoir-faire, la formation qu'elle soit initiale ou continue n'aura aucune utilité. Par conséquent, les sommes versées par le franchiseur lors de la signature du contrat de franchise n'ont aucune contrepartie. Il en est de même de l'obligation d'assistance, puisque la méthode transmise n'étant pas constitutive d'un savoir-faire, le franchisé n'aura alors besoin d'aucune aide dans la réitération d'une réussite commerciale qui est par voie de conséquence inexistante.

Si l'obtention de la nullité devait, au moins sur le fondement de la « contrepartie convenue », être plus difficile à obtenir, le franchisé pourrait alors se tourner vers un autre mode d'anéantissement du contrat, à savoir la résolution. En effet, le franchiseur qui s'abstient de transmettre le savoir-faire en sa possession manque à ses obligations contractuelles, ce qui peut conduire à la résolution du contrat de franchise à ses torts exclusifs.

⁵⁸⁷CHARTIER (F.) : « *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise* », Thèse, Montpellier I, 2002.

⁵⁸⁸REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJCA 2016 p. 20.

Paragraphe II : La résolution du contrat de franchise pour absence d'émission du savoir-faire

86. L'absence de transmission du savoir-faire, motif de résolution du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur. Dans leur immense majorité, les contrats de franchise sont conclus pour une durée déterminée de telle sorte qu'ils cesseront de produire leurs effets à l'arrivée du terme fixé contractuellement. Cependant, le franchisé pourra décider de s'extraire de la relation contractuelle avant l'arrivée dudit terme, en invoquant les manquements graves du franchiseur dans l'exécution de ses obligations essentielles⁵⁸⁹. L'existence d'un savoir-faire constitue une condition de validité à part entière du contrat de franchise si bien que son absence au jour de la signature du contrat aura pour effet d'emporter la nullité de celui-ci⁵⁹⁰. Toutefois, la transmission du savoir-faire est une obligation essentielle du franchiseur. Il ressort de la jurisprudence que le franchiseur qui ne communique qu'une partie des éléments constitutifs de son savoir-faire, ou qui les communique de manière tardive commet un manquement contractuel. Dans cette situation, le franchisé peut alors demander la résolution du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur⁵⁹¹. Il résulte de la définition même du contrat de franchise qu'à l'instar du manquement du franchiseur à ses obligations de mise à disposition des signes distinctifs et de fourniture d'une assistance technique ou commerciale⁵⁹², le défaut de communication du savoir-faire justifie la résolution du contrat de franchise⁵⁹³. En d'autres termes, l'existence à proprement parler du savoir-faire renvoie à la formation du contrat et donc à sa validité, alors, qu'au contraire, la transmission du savoir-faire relève de l'exécution du contrat de franchise⁵⁹⁴. Par conséquent, le non-respect par le franchiseur de cette obligation sera susceptible d'entraîner la résolution du contrat et non sa nullité⁵⁹⁵. Les exemples sont

⁵⁸⁹FOURGOUX (J-L.) : « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJCA 2016, p. 127.

⁵⁹⁰MALAUURIE-VIGNAL (M.) : « L'annulation du contrat de franchise n'est pas aisée ! », CCC n°8-9, août 2017, comm. 172.

⁵⁹¹Cass. Com., 12 juill. 2005, RTD civ, 2006, p.306, obs, J.MESTRE et B.FAGES ; Cass. Com., 24 mai 1995, pourvoi n°92-15.846.

⁵⁹²Cass. Com., 7 mars 1995, pourvoi n°93-10.368.

⁵⁹³LPA, 15 nov. 2007, n°229, p.45.

⁵⁹⁴SIMON (F-L.) : « L'exécution du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227 p.44.

⁵⁹⁵CA. Paris., 7 janv. 2009, RG n°06/13301 ; Cass. Com., 24 mai 1994, n°92-15.846 ; CCC 1994, comm. n°191, obs. L. LEVENEUR ; Cass. Com., 27 janv. 1998, n°95-13.600.

nombreux en jurisprudence dans lesquels la résolution du contrat de franchise est prononcée aux torts exclusifs du franchiseur. Ainsi, le contrat de franchise doit être résolu aux torts exclusifs du franchiseur, lorsque ce dernier a été dans l'impossibilité de fournir le savoir-faire en raison d'une inadaptation technique⁵⁹⁶. La résolution doit également être prononcée lorsque le franchiseur s'est contenté de limiter la transmission des éléments constitutifs du savoir-faire à la seule communication de documents commerciaux⁵⁹⁷. Enfin, le contrat de franchise doit être résolu aux torts exclusifs du franchiseur lorsque le savoir-faire devient inutile pour le franchisé, en raison de sa communication tardive intervenue après l'ouverture de son établissement⁵⁹⁸. A la différence de la nullité, qui sanctionne une irrégularité concomitante à la formation du contrat en anéantissant celui-ci de manière rétroactive, la résolution sanctionne l'inexécution des obligations contractuelles⁵⁹⁹. Cependant, les évolutions apportées par la réforme du droit des obligations en ce qui concerne la résolution du contrat risquent de bouleverser les solutions existantes en matière de restitution.

87. L'influence de la réforme du droit des obligations sur la résolution du contrat de franchise. Nouvelle illustration de la volonté du législateur de clarifier et de simplifier le droit des contrats, l'article 1217 du Code civil dresse la liste des différentes sanctions pouvant être utilisées par le créancier à l'encontre de son contractant défaillant⁶⁰⁰, parmi lesquelles figurent la résolution. Ainsi, l'article 1224 du Code civil précise que : « *la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ». Cet article présente ainsi les trois modes de résolution du contrat pour cause d'inexécution admise en droit français⁶⁰¹. De la manière dont est rédigé l'article 1224, il apparaît que la clause résolutoire et la résolution par notification sont aujourd'hui considérées comme les moyens privilégiés pour obtenir la résolution du contrat pour

⁵⁹⁶CA. Toulouse. 23 sept. 1987. Juris-Data n° 1987-050163.

⁵⁹⁷Cass. Com. 19 févr. 1991, n°88-19.809, *D.* 1990 p 370.

⁵⁹⁸DELAFONTAINE (L.) : « Franchise : comment modéliser le savoir-faire d'une entreprise », *Agora Entreprise*, 9 oct. 2013.

⁵⁹⁹CAFFIN-MOI (M.) : « Nullité et caducité », *LEDC* mars 2016, n°11603, p.5.

⁶⁰⁰Art. 1217 du C. Civ : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; - provoquer la résolution du contrat ; - demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* »

⁶⁰¹GROSSER (P.) : « La réforme en pratique : la résolution pour inexécution du contrat », *AJCA* 2014, p. 26.

inexécution, au détriment de la résolution judiciaire⁶⁰². Le franchisé pourra donc recourir aux nouvelles dispositions des articles 1224 et suivants du Code civil afin d'obtenir la résolution du contrat de franchise en raison du manquement du franchiseur à son obligation de transmission du savoir-faire⁶⁰³. Tout d'abord, le franchisé aura la possibilité d'utiliser le mécanisme de la résolution par notification consacré à l'article 1226 du Code civil. En effet, cet article pose le principe selon lequel : « *le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ». La résolution par notification fait partie des innovations majeures apportées par la réforme du droit des obligations consacrant une solution admise depuis longtemps en jurisprudence⁶⁰⁴. A travers son célèbre arrêt *Tocqueville*, la Cour de cassation avait affirmé que : « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* »⁶⁰⁵. Avec la réforme, le franchisé qui aura recours à ce mode de résolution, ne sera plus dans l'obligation de saisir le juge afin d'obtenir la résolution du contrat, sauf à la faire constater par ce dernier. L'article 1226 semble abandonner toute référence au comportement du débiteur, de telle sorte que toutes les formes d'inexécution donneront lieu au prononcé de la résolution par notification, à condition cependant que l'inexécution soit suffisamment grave. Par conséquent, lorsqu'un franchiseur manquera à son obligation de transmission, le franchisé pourra utiliser la résolution par notification à condition de respecter scrupuleusement les conditions de forme posées par l'article 1226 du Code civil.

⁶⁰²CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « *La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, n°646 ; DISSAUX (N.) : « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », AJCA 2017, p. 10.

⁶⁰³FOURGOUX (J-L.) : « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJCA 2016, p. 127.

⁶⁰⁴GROSSER (P.) : « La résolution unilatérale : conditions et régime », AJCA 2014, p. 72 ;

⁶⁰⁵Civ. 1^{ère}., 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n°300 ; D. 1999, p.197 note JAMIN.

88. Les effets de la résolution sur le contrat de franchise. Les articles 1229 et 1230 du Code civil apportent un certain nombre de précisions au sujet de la résolution judiciaire et plus particulièrement en ce qui concerne ses effets. A la lecture des dispositions contenues à l'article 1229 du Code civil, le législateur semble abandonner l'effet rétroactif pourtant longtemps rattaché à la résolution du contrat, préférant affirmer que la résolution met fin au contrat. L'alinéa 2 du même article, précise que la résolution judiciaire prend effet soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. La résolution judiciaire se distingue ainsi de la nullité puisque cette dernière entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat en raison de l'absence d'une des conditions de validité fixée par la loi. Au contraire, la résolution judiciaire constitue une sanction propre à la période d'exécution et non de formation du contrat. De plus, si l'article 1229 précise la date d'effet de la résolution judiciaire, il précise aussi les effets de celle-ci notamment lorsque le contrat a déjà fait l'objet d'un commencement d'exécution⁶⁰⁶. Pour cela, il distingue deux situations. En premier lieu, lorsque les prestations échangées n'ont pu trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties devront restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procurées l'une à l'autre. Sans que le contrat soit remis en cause dans cette hypothèse, la résolution aura donc un effet rétroactif. En second lieu, lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie. Il semble important de signaler que l'ordonnance se distingue sensiblement du projet d'ordonnance puisque ce dernier abandonnait toute référence à la résiliation judiciaire⁶⁰⁷. Les deux situations exposées au troisième alinéa de l'article 1229 consacrent en réalité la classification proposée par M. T. GENICON entre les contrats à utilité globale et les contrats à utilité continue. Les premiers ont pour objet : « *l'exécution d'une opération qui ne cesse d'être utile au fur et à mesure de son exécution* », alors que les seconds sont ceux qui : « *portent une opération qui a un point d'aboutissement vers lequel tendent l'ensemble des*

⁶⁰⁶CHANTEPIE (G.) : « La rupture des contrats d'affaires : la gestion contractuelle de la rupture », AJCA 2016, p. 130.

⁶⁰⁷Art. 1229 du projet d'ordonnance : « *La résolution met fin au contrat. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Elle oblige à restituer les prestations échangées lorsque leur exécution n'a pas été conforme aux obligations respectives des parties ou lorsque l'économie du contrat le commande. Les restitutions ont alors lieu dans les conditions prévues au chapitre V du titre IV* ».

actes accomplis à cet effet et qui, dépourvus de toute utilité propre, ne prennent sens et valeur qu'une fois le projet achevé ». Cet auteur précise que les contrats à utilité continue sont ceux pour lesquels : « *la résolution peut intervenir à n'importe quel moment sans rétroactivité* ». Alors que les contrats à utilité globale sont ceux : « *pour lesquels la rétroactivité est toujours nécessaire quand le contrat n'est pas exécuté jusqu'à son terme attendu* ». T. GENICON se félicitait d'ailleurs du choix opéré par le législateur dans le projet d'ordonnance de vouloir généraliser l'emploi du seul terme de résolution aux dépens de celui de résiliation⁶⁰⁸. Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 ainsi que la loi de ratification du 20 avril 2018 ont repris chacun à leur tour le terme de résiliation. Le contrat de franchise semble appartenir à la famille des contrats à utilité continue ce qui n'est pas sans conséquence sur les effets de la résolution.

89. La franchise, un contrat à utilité continue ? Il serait tentant de classer le contrat de franchise au sein de la catégorie des contrats à utilité globale, puisque ce dernier ne peut exister que si le franchiseur transmet l'ensemble les éléments constitutifs du savoir-faire à son franchisé afin qu'il puisse l'exploiter à son tour. De plus, et pour reprendre la formulation de T. GENICON, la totalité des obligations présentes au sein du contrat de franchise, ont pour « *aboutissement* », la réitération de la réussite commerciale du franchiseur. En l'absence de transmission, le franchisé est en droit de demander la résolution du contrat et ainsi obtenir la condamnation du franchiseur à lui rembourser l'ensemble des sommes versées depuis la signature. Toutefois, le contrat de franchise doit être considéré comme un contrat à utilité continue, et ce, pour plusieurs raisons. On le sait, le franchiseur est tenu contractuellement à une obligation de transmission du savoir-faire qui se matérialisera au cours de la formation initiale, mais aussi pendant toute la phase d'exécution du contrat de franchise, notamment par la communication des évolutions apportées au savoir-faire⁶⁰⁹. En cas de manquement du franchiseur à son obligation de transmission de ces différentes évolutions, les sommes qui devront être restituées au franchisé seront celles qu'il a versées à son franchiseur depuis la transmission des dernières évolutions conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1229 du Code civil. Par ailleurs, et

⁶⁰⁸GENICON (T.) : « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. A propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p. 1551.

⁶⁰⁹V. *supra* n°67

surtout, le contrat de franchise ne doit pas être résumé de manière caricaturale à la seule transmission d'un savoir-faire. Le franchiseur est aussi tenu à une obligation d'assistance ainsi qu'à la mise à disposition de signes distinctifs, raison pour laquelle la franchise ne peut être qu'un contrat à exécution successive. La franchise doit donc être considérée comme un contrat à utilité continue puisque l'exécution par le franchiseur de l'ensemble de ses obligations sera « utile » pour la franchise quelle que soit la durée du contrat. Par conséquent, la résolution du contrat de franchise sera qualifiée de résiliation, puisqu'en cas de manquement du franchiseur à son obligation d'émission des évolutions du savoir-faire, le franchisé ne pourra pas prétendre à la restitution des sommes versées pour la période antérieure au jour où le franchiseur s'est montré défaillant. De par son contenu, la réforme du droit des obligations aura des répercussions sur l'exercice de l'action en nullité ou encore sur la résolution du contrat de franchise.

Certaines décisions ont par le passé admis que le manquement du franchiseur à son obligation de transmission du savoir-faire emportait certes la nullité du contrat de franchise, mais que cette nullité ne constituait pas un obstacle à la requalification du contrat de franchise en un autre contrat afin de préserver la relation contractuelle existante.

Paragraphe III : La requalification du contrat de franchise en un autre contrat de distribution

90. La volonté de préserver la relation contractuelle existante. Le contrat de franchise est une figure contractuelle incontournable au sein de la famille des contrats de distribution car, à l'instar de ces derniers, l'une des finalités majeures de ce contrat est d'encadrer les relations futures entre différents commerçants afin d'assurer l'exécution dans son ensemble d'un processus de distribution de produits et de services⁶¹⁰. Les contrats de distribution, qu'ils s'agissent du contrat d'approvisionnement exclusif, du contrat de concession commerciale ou de franchise pour ne nommer qu'eux, partagent plusieurs caractères puisqu'ils sont considérés comme des contrats cadres marqués par un fort degré d'*intuitu personae*⁶¹¹. De plus, de nombreuses règles communes leurs sont spécifiques, la

⁶¹⁰ LEGEAIS (D.) : « Synthèse – Contrats de distribution », JCl. Commercial, Synthèse n°50, n°35 et s.

⁶¹¹ HOVASSE (H.) : « Apport partiel d'actif sous le régime des scissions ou fusion-absorption : conditions de la transmission d'un contrat de franchise », JCP E n°40, 2 oct. 2008, p.2210.

plus connue étant relative à l'information précontractuelle issue de la loi Doubin, aujourd'hui codifiées aux articles L.330-3 et suivants du Code de commerce⁶¹². Toutefois, si ces contrats partagent de nombreux points communs, ils se distinguent par les effets qu'ils produisent et les obligations qu'ils mettent à la charge des parties. En effet, le contrat de franchise se différencie des autres contrats de distribution par l'obligation de transmission d'un savoir-faire dont le franchiseur est tenu à l'égard de son franchisé. En dépit de l'absence de savoir-faire certaines juridictions ont décidé de requalifier le contrat de franchise, nul en tant que tel, en un autre contrat de distribution ou de droit commun. Si ces décisions sont extrêmement rares elles témoignent d'une certaine volonté du juge préserver la relation contractuelle existante. Ainsi, il n'existe à notre connaissance que deux situations dans lesquelles la requalification du contrat de franchise a été prononcée, en dépit de la nullité du contrat de franchise. Il s'agit de la requalification d'un contrat de franchise en contrat d'approvisionnement exclusif et de fourniture, et, de manière plus surprenante, en contrat d'entreprise.

91. La requalification du contrat de franchise en contrat d'approvisionnement exclusif et de fourniture. A travers le contrat d'approvisionnement exclusif, un distributeur consent à ne se fournir que chez un producteur en contrepartie d'avantages plus ou moins importants⁶¹³. Ce contrat permet ainsi « *d'organiser les achats par un distributeur indépendant des produits du fournisseur en vue de leur revente. Le fournisseur bénéficie d'une clause d'approvisionnement exclusif ce qui met le distributeur sous sa dépendance économique* »⁶¹⁴. Le distributeur va alors conclure avec son fournisseur un contrat-cadre qui pour reprendre la formule employée par le nouvel article 1111 du Code civil, permettra aux parties de convenir des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures⁶¹⁵. Par ailleurs, les parties auront recours à des contrats d'application venant préciser les modalités d'exécution. Dans le cadre du contrat d'approvisionnement exclusif, elles viendront préciser le type, la quantité et le prix des marchandises achetées. Concrètement, le contrat d'approvisionnement exclusif met à la charge du distributeur une obligation

⁶¹² SIMON (F-L.) : « L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise », LPA 11 juill. 2017, n°128c4, p.3

⁶¹³ LEGAIS (D.) : « Contrat d'assistance et de fourniture », JCl. Commercial, Fasc. 306, n°1 et s.

⁶¹⁴ LEGAIS (D.) : « Synthèse – Contrats de distribution », JCl. Commercial, Synthèse n°50, n°35 et s.

⁶¹⁵ DISSAUX (N.) : « Les mystères du contrat cadre », AJ contrat 2017, p. 104.

principale se matérialisant par un engagement d'achat exclusif, assortie d'obligations accessoires telles qu'une obligation de non-concurrence ou une obligation d'entretien du réseau. Contrairement au contrat de franchise il n'existe aucune obligation pour le producteur ou le fournisseur de transmettre un savoir-faire qui porterait sur des techniques de vente ou d'achat au distributeur. Ainsi, pour confirmer le prononcé de la nullité d'un contrat de franchise, la Cour de cassation a pu considérer que : « *la simple sélection d'articles par le franchiseur selon des critères dont il n'est pas établi qu'ils présentent un caractère technique ou spécifique n'est pas constitutif d'un savoir-faire* »⁶¹⁶. Malgré le prononcé de la nullité, la juridiction requalifia le contrat de franchise en contrat de fourniture. Toutefois, elle prononça la nullité de ce dernier pour cause d'indétermination du prix. Comme le précise le commentateur de l'arrêt, le contrat de franchise encourait la nullité puisqu'en réalité : « *il s'agissait d'un contrat cadre d'approvisionnement et de fourniture assorti d'une exclusivité territoriale, d'un droit d'usage de la marque et de l'enseigne, d'une obligation de la présentation des locaux et d'une offre de répondre à une demande d'aide* »⁶¹⁷. Outre la requalification du contrat de franchise en contrat de distribution en raison de l'absence de savoir-faire, la jurisprudence a également admis la requalification du contrat de franchise en contrat de droit commun et notamment d'entreprise.

92. La requalification du contrat de franchise en contrat d'entreprise. En l'absence de définition dans le Code civil, le contrat d'entreprise constitue une variété du louage d'ouvrage⁶¹⁸ voire, pour une partie de la doctrine sa « *version moderne et diversifiée* »⁶¹⁹. La jurisprudence définit le contrat d'entreprise comme la « *convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter un travail de façon indépendante et sans représenter son cocontractant* »⁶²⁰. Il ressort de cette définition que l'élément essentiel et caractéristique du contrat d'entreprise repose sur l'obligation qui incombe à l'entrepreneur d'exécuter un travail de manière indépendante et personnelle ou par l'intermédiaire d'un tiers en ayant recours à la sous-traitance afin de satisfaire aux

⁶¹⁶CA. Paris., 7 juin 1990, RG n°07-06-1990, D. 1990, p. 176.

⁶¹⁷FERRIER (D.) : « Distinction entre contrat de franchise et contrat d'approvisionnement exclusif », D. 1990, p. 176.

⁶¹⁸BOUBLI (B.) : « Le contrat d'entreprise », Rép. civ. nov. 2016, n°3.

⁶¹⁹MALAUURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.) : « *Droit des contrats spéciaux* », 8^{ème} édition, 2016, LGDJ, n°700 et s.

⁶²⁰Cass, 1^{ère} Civ., 19 févr. 1968, Bull. civ. I, n°69.

attentes de son cocontractant à savoir le maître d'ouvrage. C'est d'ailleurs cet élément essentiel qui permet de distinguer le contrat d'entreprise du contrat de vente ou du contrat de travail. *A priori*, le contrat d'entreprise et le contrat de franchise semblent être aux antipodes puisque le franchisé ne peut être assimilé à un entrepreneur exécutant un certain nombre de prestations afin de satisfaire les attentes du franchiseur. Toutefois, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar a admis la requalification du contrat de franchise en contrat d'entreprise en raison de l'absence de savoir-faire transmis⁶²¹. La motivation employée par la juridiction pour justifier la requalification du contrat est importante. En effet, la Cour d'appel a affirmé que « *l'objet essentiel du contrat de franchise est la transmission d'un savoir-faire spécifique, non divulgué, à un franchisé qui adhère à un concept particulier. Or, il ressort qu'en l'occurrence il n'y a pas eu de transmission de savoir-faire spécifique, les documents d'information et le manuel du prétendu franchiseur se bornant à fournir des informations générales et publiques. Par ailleurs, aucun concept particulier et aucune méthode de travail propre à une agence immobilière n'ont été développés par le prétendu franchiseur. Par conséquent, le contrat conclu est nul en tant que contrat de franchise. Cependant, la jurisprudence admet qu'un contrat nul en tant que franchise peut être requalifié en un autre contrat valide. Dans la mesure où le prétendu franchiseur a fourni une certaine aide lors de la création de l'agence immobilière, le contrat liant les parties doit être qualifié de contrat d'entreprise.* »⁶²². Les décisions requalifiant le contrat de franchise en contrat de droit commun, voire de distribution, sont rares, en pratique, et témoignent de la volonté des juges du fond préserver la relation contractuelle existante. Cette volonté ne peut être que saluée puisqu'elle prend en compte les prestations réalisées par le pseudo-franchiseur au profit de son cocontractant, prestations dont il a bénéficiées pour l'exploitation de son propre établissement. Cette même volonté permet de freiner les ardeurs de certains franchisés qui, pour s'extraire à tout prix de la relation contractuelle existante, n'hésitent pas à soulever abusivement la nullité du contrat de franchise.

⁶²¹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Franchise : défaut de transmission du savoir-faire et requalification du contrat », CCC n°1, janv. 2012, comm. 19.

⁶²² CA. Colmar., 19 juill. 2011, JurisData n°2011-016256.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Clé de voute, élément cardinal ou central, cœur du système, les métaphores ne manquent pas pour souligner l'importance du savoir-faire au sein du contrat de franchise. En effet, l'existence d'un savoir-faire à transmettre constitue une condition de validité à part entière de ce contrat. Quant à l'émission du savoir-faire par le franchiseur, il s'agit d'une obligation essentielle du contrat de franchise. Par conséquent, le franchiseur se doit de transmettre à ses futurs franchisés un savoir-faire qui deviendra indispensable à l'exercice de leurs futures activités et qui leur permettront de réitérer, mais également d'amplifier la réussite commerciale du réseau.

En amont de la signature du contrat et avant toute émission à destination du franchisé des éléments constitutifs de son savoir-faire, le franchiseur devra impérativement préciser au sein du contrat de franchise les conditions ainsi que les modalités dans lesquelles la transmission du savoir-faire interviendra. En effet, la formation du franchisé constitue une étape incontournable puisqu'elle lui permettra de prendre connaissance des éléments constitutifs du savoir-faire mais plus spécifiquement d'être formé à son maniement et donc à sa maîtrise. La transmission du savoir-faire est une obligation à exécution successive puisqu'elle interviendra lors de sessions de formation qui interviendront tout au long de la relation contractuelle. Dès le début de cette relation, le franchiseur mettra en place une formation dite initiale, qui permettra au franchisé de réceptionner les éléments constitutifs du savoir-faire ainsi que le manuel opératoire, ainsi que de se former au maniement et à l'utilisation du savoir-faire. Par la suite, le franchiseur programmera des sessions de formation dite continue qui sont destinées à transmettre les évolutions apportées au savoir-faire. Si la transmission du savoir-faire constitue une obligation de résultat pour le franchiseur, elle n'a pas pour effet de faire peser sur la personne du franchiseur une obligation de garantir à son franchisé la réussite commerciale de son propre établissement. Cette réussite dépendra de la maîtrise du savoir-faire par le franchisé ainsi que de sa capacité à pouvoir réitérer et amplifier la réussite commerciale du franchiseur.

Mais le franchiseur devra considérer la transmission du savoir-faire comme étant une étape à hauts risques, puisque le moindre manquement à son obligation est susceptible d'avoir d'importantes conséquences sur la poursuite même du contrat de franchise. En effet, le franchisé pourra solliciter la nullité du contrat de franchise lorsque la méthode ou le procédé transmis ne constitue pas un véritable savoir-faire. Il ressort de la jurisprudence que le franchisé avait avant l'avènement de la réforme du droit des obligations recours aux notions de cause et d'objet, aujourd'hui disparues, mais aussi au dol, pour solliciter la nullité du contrat de franchise pour absence de savoir-faire. La réforme ne devrait pas avoir pour effet de venir bouleverser la jurisprudence actuelle, puisque si la notion de cause a été supprimée, ses fonctions demeurent. Outre la nullité, le franchisé peut solliciter la résolution du contrat lorsque le franchiseur s'abstient de lui transmettre les éléments constitutifs ou les évolutions du savoir-faire. En dépit de l'absence de savoir-faire ou d'un défaut de transmission, la nullité ou la résolution du contrat peuvent ne pas être automatique. En effet, certaines décisions ont par le passé prononcé la requalification du contrat de franchise en un autre contrat afin de préserver la relation contractuelle existante, au détriment de la nullité ou de la résolution. Mais ces décisions restent assez isolées.

Si le savoir-faire constitue un élément essentiel du contrat de franchise permettant au franchisé de réitérer une réussite commerciale, cette réitération ne pourra avoir lieu qu'à la condition que le franchisé réceptionne la totalité des éléments constitutifs du savoir-faire. Il devra par la suite veiller à respecter les conditions d'utilisation et d'exploitation dictées par le franchiseur qui lui auront été transmises en même temps que le savoir-faire.

Chapitre 2 : La réception du savoir-faire par le franchisé

93. La réception du savoir-faire par le franchisé, le pendant de l'obligation de transmission du franchiseur. Illustration parfaite d'un contrat synallagmatique, la franchise ne peut exister durablement sans que les parties au contrat ne consentent à supporter un certain nombre d'obligations réciproques⁶²³. Dans la pratique, le franchiseur ne transmettra les éléments constitutifs de son savoir-faire à destination de son franchisé, qu'à la condition que ce dernier s'engage à les réceptionner⁶²⁴. Plus précisément, la réception du savoir-faire impose au franchisé de respecter l'ensemble des normes d'exploitation établies par le franchiseur et qui lui ont été communiquées concomitamment à la transmission du savoir-faire. Le respect par le franchisé de l'ensemble de ces normes constitue un enjeu primordial qui dépasse la simple exécution du contrat de franchise⁶²⁵. En effet, les éventuels manquements du franchisé à son obligation de réitération du savoir-faire seront susceptibles d'entraîner la résolution du contrat pour inexécution⁶²⁶, mais porteront aussi atteinte à l'harmonie et à la notoriété du réseau (**Section I**). Outre l'obligation de réitération, le franchisé est contraint de supporter de nombreuses obligations découlant directement de la réception du savoir-faire (**Section II**).

Section I : La réception du savoir-faire à travers son exploitation par le franchisé

94. Plan. La notion de communication est incontournable au sein du contrat de franchise puisque, par définition, le franchiseur transmettra un ensemble de méthodes qu'il aura mis au point préalablement, afin de permettre au franchisé d'amplifier un succès

⁶²³ DISSAUX (N.) : « Le faux franchiseur était une vraie centrale », AJ contrat 2018, p. 489 ; CA. Chambéry., 9 oct. 2018, n°16/02631 ; BLOCH (C.) : « Les obligations du franchisé et du franchiseur », Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2014, p. 1584.

⁶²⁴ AL SUHAIRY (Y.) : « *La fin du contrat de franchise* », Thèse, Poitiers, 2009.

⁶²⁵ LELOUP (J.-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise ». JCP N, n°37, 15 sept. 1989, 101000.

⁶²⁶ LEGEAIS (D.) : « *Franchise* », Fasc. 316, J.-Cl Commercial, n°65.

commercial grâce aux méthodes qui lui auront été transmises⁶²⁷. Ainsi, la réception du savoir-faire impose au franchisé d'exploiter le savoir-faire tout en veillant à respecter les règles établies par le franchiseur au sein du manuel opératoire, du cahier des charges⁶²⁸ ou de la « bible » (**Paragraphe I**). Toutefois, l'existence de ces différentes normes implique que le franchiseur soit dans la capacité de pouvoir contrôler leurs respects par le franchisé lors de son exploitation du savoir-faire (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le respect par le franchisé du savoir-faire transmis lors de sa réitération

95. La réitération du savoir-faire, une obligation essentielle du contrat de franchise à la charge du franchisé. L'une des finalités premières de la franchise est de permettre au franchiseur d'amplifier son succès commercial en autorisant ses franchisés à exploiter son savoir-faire pour réitérer et perpétuer ledit succès⁶²⁹. L'obligation de réitération de la réussite commerciale qui pèse sur le franchisé permet de distinguer le contrat de franchise des autres contrats de distribution⁶³⁰. Toutefois, le franchisé ne rencontrera la réussite commerciale tant espérée qu'à la condition de respecter les conditions d'exploitation dictées par le franchiseur. En dépit de l'absence de règles juridiques qui sont propres à la franchise, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a très tôt mis en exergue l'importance pour le franchisé de réceptionner le savoir-faire transmis. Ainsi, à travers son arrêt « *Pronuptia* », la CJCE a affirmé que : « *le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne. Il en résulte que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1. Il en va ainsi d'abord de l'obligation pour le franchisé d'appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur et d'utiliser le savoir-faire*

⁶²⁷ CA. Paris, 28 avr. 1978, Cah. dr. entr., n°42 du 16 oct. 1980 ; « *Droit pratique de l'homme d'affaires* », Ordre des avocats à la Cour de Paris, Dalloz 1994, n°158.

⁶²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2003, n°01-17.650 ; CARON (C.) : « *Les idées sont résolument de libre parcours !* », CCE. 2003, comm. 80.

⁶²⁹ LELOUP (J-M.) : « *La franchise* », 7^{ème} édition, Delmas, 2015, n°380.

⁶³⁰ PIHÉRY (R.) : « *L'appréhension des accords de réseau par le droit social : pour une reconnaissance des spécificités de la franchise* », AJCA 2016, p. 11.

transmis »⁶³¹. De cette décision il ressort que l'obligation de réception implique pour le franchisé deux obligations. D'abord, exploiter l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire. Ensuite, respecter le savoir-faire, c'est-à-dire veiller à suivre à la lettre les normes transcrites par le franchiseur dans le manuel opératoire⁶³². L'obligation de réception autrement dit de réitération du savoir-faire a été de nombreuses fois réaffirmée par la jurisprudence ainsi que par les textes communautaires. A titre d'illustration, l'article 3 du règlement d'exemption de 1988 précisait que le franchisé se devait de : « a) *Vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, exclusivement les produits répondant aux spécifications objectives minimales de qualité fixées par le franchiseur.* b) *Vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués seulement par le franchiseur* ». La réception du savoir-faire par le franchisé constitue au même titre que l'obligation de transmission pour le franchiseur, une obligation essentielle du contrat de franchise⁶³³. L'obligation de réitération se matérialise au sein du contrat de franchise par l'insertion d'un certain nombre de clauses dressant la liste des différentes obligations que le franchisé se doit de respecter afin de satisfaire à son obligation de réception. Ainsi, ces clauses sont axées sur le respect des différentes méthodes de travail telles que les procédés de fabrication, les techniques de ventes, le conditionnement, la présentation des produits ou encore les normes d'hygiène⁶³⁴. Elles porteront aussi sur les : « *conditions d'utilisation uniforme du savoir-faire et de la marque, obligations liées à la sélection et à la présentation des produits, obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, politique de prix de revente conseillés ou maximum, prescriptions pour les actions promotionnelles ou techniques* »⁶³⁵. Si la réception du savoir-faire constitue une obligation essentielle du contrat de franchise à la charge du franchisé c'est parce que ce dernier est tenu de l'exploiter personnellement au sein de son établissement⁶³⁶.

⁶³¹ CJCE, 28 janv. 1986, aff. C-161/84, Pronuptia : Rec. CJCE, p. 353, att. 18 et 19.

⁶³² DESCHAMPS (O.) et FOURGOUX (J-L.) : « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis des franchisés : revue pratique de la jurisprudence récente », AJCA 2014, p. 56.

⁶³³ SIMON (F-L.) : « L'exécution du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.44.

⁶³⁴ INFOREG : « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », Cah. dr. entr. n°5, sept. 2008, prat. 20.

⁶³⁵ PIHERY (R.) : « L'appréhension des accords de réseau par le droit social : pour une reconnaissance des spécificités de la franchise », AJCA 2016, p. 11 ; LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Franchisage. Franchisage dans le domaine des services – Le franchiseur et le franchisé », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 1050, n°179 et s.

⁶³⁶ GRAS (G.) : « Préface », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p. 10

96. L'obligation pour le franchisé d'exploiter personnellement le savoir-faire transmis. La confiance est à la base des relations entre les différentes parties au contrat de franchise puisque le franchiseur ne transférera les éléments constitutifs de son savoir-faire que lorsqu'il aura l'intime conviction que son franchisé les respectera, mais également qu'il ne les divulguera pas à un tiers du réseau⁶³⁷. L'importance de l'*intuitu personae* au sein du contrat de franchise permet de distinguer ce dernier des autres contrats de distribution, puisque si le franchisé s'engage en considération de la personne du franchiseur, pour ce dernier la personnalité du franchisé sera tout aussi déterminante dans sa décision de transmettre son savoir-faire⁶³⁸. L'obligation de réception impose donc au franchisé d'exploiter personnellement le savoir-faire du franchiseur dans la mesure où pour reprendre l'expression d'un auteur : « *le franchisé ne peut se substituer dans l'exécution du contrat de franchise, et donc de l'exploitation du savoir-faire* »⁶³⁹. Toutefois, en pratique cette affirmation souffre de deux tempéraments puisque le franchisé pourra malgré tout se substituer dans l'exécution du contrat de franchise en cédant celui-ci à un tiers sous réserve que le franchiseur consente à l'opération de cession⁶⁴⁰. Par ailleurs, si la transmission du savoir-faire se matérialise à travers la formation du franchisé et de ses préposés, il convient de souligner que dans la pratique se sont ces derniers qui utiliseront quotidiennement le savoir-faire et devront donc veiller à le respecter⁶⁴¹. La réception du savoir-faire impose donc au franchisé de consentir à exploiter personnellement le savoir-faire transmis tout en veillant d'une part, à l'utiliser totalement, et d'autre part, de le réitérer conformément selon les normes établies par le franchiseur.

97. La réitération à la fois conforme et totale du savoir-faire, une condition indispensable à la réussite commerciale du franchisé. La réitération du savoir-faire implique que le franchisé veille à reproduire et à respecter fidèlement l'ensemble des

⁶³⁷ CA. Montpellier 25 nov. 2002, Lettre Distribution 2003, n°2.

⁶³⁸ VILMART (C.) : « Conséquences de la cession d'un franchiseur sur les contrats de parfumeurs franchisés », JCP E n°32, 5 août 2004, doct. 1191 ; MERESSE (S.) : « Regards sur la franchise », LPA 9 oct. 2018, n°202, p.3

⁶³⁹ LE TOURNEAU (P.) : « Le franchisage », JCP N n°2, 11 janv. 1985, 100081.

⁶⁴⁰ V. *infra* n°147

⁶⁴¹ LE TOURNEAU (P.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Action Dalloz 2014/2015, n°5703.

techniques et méthodes qui lui ont été transmises par son franchiseur⁶⁴². La réitération constitue un enjeu primordial pour le franchisé à plusieurs niveaux. Tout d'abord, cette obligation constitue la condition *sine qua non* de la transmission par le franchiseur à son franchisé des différentes innovations et évolutions apportées au savoir-faire. Par ailleurs, il est indispensable que le franchisé respecte l'ensemble des normes contenues au sein du manuel opératoire s'il veut espérer connaître à son tour la même réussite⁶⁴³. Concrètement, le franchisé ne dispose d'aucune marge de manœuvre dans l'utilisation du savoir-faire, il ne peut donc pas décider de privilégier certains éléments constitutifs de celui-ci au détriment des autres. En effet, l'obligation de réitération impose au franchisé d'utiliser dans sa totalité le savoir-faire qui lui a été transmis⁶⁴⁴. Par conséquent, seule une réitération complète et parfaite du savoir-faire permettra au franchisé de pouvoir espérer voir son activité être viable économiquement. Cependant, il est possible de nuancer cette affirmation en considérant que le franchisé ne peut compter uniquement sur la seule réitération complète et parfaite pour espérer rencontrer le succès. En effet, il est indispensable que le franchisé utilise ses propres qualités personnelles et son éventuelle expérience professionnelle au service de son activité actuelle afin d'accroître ses chances de réussite⁶⁴⁵. C'est justement parce que le franchisé est titulaire de qualités qui lui sont propres que la jurisprudence est venue affirmer que l'exercice d'une activité commerciale sous la forme d'une franchise par un commerçant indépendant ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance d'un droit de propriété sur la clientèle de son fonds de commerce⁶⁴⁶. En effet, c'est à travers son arrêt « *Trévisan* », que la Cour de cassation a posé le principe selon lequel : « *si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce et l'élément incorporel que constitue le bail ; cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mis à sa disposition pendant l'exécution du contrat de*

⁶⁴² FERRIER (D.) : « Résiliation du contrat de franchise aux torts du franchisé qui n'exécute pas son obligation d'appliquer le savoir-faire du franchiseur », *D.* 1992, p. 392.

⁶⁴³ FERRIER (D.) : « Le prix de revente aux consommateurs ne doit pas être imposé par le franchiseur », *D.* 1995, p.79

⁶⁴⁴ MATHEY (N.) : « Le respect du contrat de franchise », CCC n°6, juin 2009, comm. 164.

⁶⁴⁵ AUGAGNEUR (L-M) : « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *JCP G.* n°30, 27 juill. 2005, I 158.

⁶⁴⁶ MAROT (Y.) : « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », *LPA* 4 févr. 2003, n°35, p.3

franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls »⁶⁴⁷. Ainsi, la réussite commerciale du franchisé se traduira par la rentabilité de son établissement et le développement d'une clientèle locale sur lequel il disposera d'un droit de propriété. Au final, la réception du savoir-faire doit être prise au sérieux par le franchiseur car elle constitue une condition essentielle à la réitération de la réussite commerciale du franchisé, mais permettra également de préserver la réputation du réseau.

98. La préservation de la notoriété du réseau et de la marque conséquences directes du respect par le franchisé du savoir-faire transmis. La réitération fidèle du savoir-faire constitue un enjeu majeur pour le franchiseur ainsi que pour l'ensemble des membres du réseau. En effet, la CJCE avait déjà souligné l'importance pour le franchiseur de prendre un ensemble de mesures permettant de préserver l'identité et la réputation du réseau symbolisées par l'enseigne. La notion de réseau est indissociable de celle de franchise puisque l'un des principaux atouts de ce mode de distribution est de permettre au franchiseur de pouvoir commercialiser des produits et des services à des consommateurs sur un territoire déterminé, tout en permettant à ses franchisés de bénéficier de la synergie créée par le réseau⁶⁴⁸. De plus, le concept ne peut survivre s'il n'existe pas au sein dudit réseau une certaine harmonie, autrement dit, que l'ensemble des franchisés respecte le savoir-faire en utilisant les méthodes mises au point par le franchiseur. L'uniformité du réseau est tellement importante que la doctrine n'hésite pas à parler de « *théorie institutionnelle du réseau de distribution* »⁶⁴⁹. Un auteur résume d'ailleurs parfaitement l'interdépendance existante entre, d'un côté, la réitération du savoir-faire et, de l'autre, la préservation de la notoriété du réseau en affirmant que : « *le franchiseur a imaginé un système, qu'il a mis au point et expérimenté dans plusieurs établissements témoins, dits pilotes. Il a, au prix d'efforts et d'investissements considérables, notamment d'une publicité intensive, réussi à créer une image de marque. Le consommateur sait ce que recouvre telle ou telle appellation et entend, quel que soit le lieu où il ressent le besoin du service en cause, retrouver, non pas à peu près les mêmes*

⁶⁴⁷ CA. Agen., 12 juill. 2000.

⁶⁴⁸ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Réseaux de distribution », JCl. Réseaux – Distribution, Synthèse n°50

⁶⁴⁹ AMIEL-COSME (L.) : « La théorie institutionnelle du réseau, in Aspect actuels du droit des affaires, » Mélanges, Dalloz, 2003, n°1, p.1.

prestations mais exactement les mêmes, à des prix identiques »⁶⁵⁰. Le franchisé doit donc veiller à ne pas porter atteinte à l'harmonie au sein du réseau en manquant à son obligation de réitération du savoir-faire⁶⁵¹. Par conséquent, lorsqu'un consommateur se rendra dans l'un des points de vente du réseau il est en droit d'attendre de chacun des franchisés, le même degré de qualité concernant les produits et les services proposés sous la marque du franchiseur. C'est pourquoi les manquements du franchisé à son obligation de réitération auront pour effets outre le fait de porter atteinte à la réputation du réseau, de voir sa responsabilité contractuelle être engagée.

99. Les conséquences du manquement du franchisé à son obligation de réitération. La réitération du savoir-faire par le franchisé constitue une caractéristique essentielle du contrat de franchise qui implique que le franchisé respecte l'ensemble des normes d'exploitation dictées par le franchiseur⁶⁵². C'est justement parce que le franchiseur a mis au point un savoir-faire, qu'il peut imposer à ses franchisés de respecter un corpus de normes visant à encadrer l'utilisation de son savoir-faire⁶⁵³. Le franchiseur sera donc fondé à demander la résolution du contrat de franchise, tel que le prévoit le nouvel article 1217 du Code civil, en cas de défaillance grave du franchisé à son obligation de réitération⁶⁵⁴. Nombreuses sont les décisions dans lesquelles la résolution du contrat de franchise est prononcée en raison d'un manquement du franchisé aux règles dictées par le franchiseur. Par exemple, la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé a été prononcée lorsque celui-ci n'a pas respecté les nomenclatures imposées par le franchiseur au niveau de la gestion de la compatibilité⁶⁵⁵, ou encore lorsque le franchisé, en plus de violer les instructions indiquées dans le manuel opératoire, décidait de ne pas faire participer ses préposés à plusieurs sessions de formation dispensées par le franchiseur⁶⁵⁶. La résiliation en encore été admise lorsque le franchisé n'a pas utilisé les logiciels sélectionnés par son franchiseur⁶⁵⁷. Par ailleurs, le franchiseur pourra obtenir la résiliation du contrat dans

⁶⁵⁰ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Franchisage. Franchisage dans le domaine des services – Le franchiseur et le franchisé », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 1050, n°179 et s.

⁶⁵¹ BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée, 1^{er} édition, 1997, p. 59.

⁶⁵² LEGEAIS (D.) : « Franchise », Fasc. 316, JCl. Notarial, n°60 et s.

⁶⁵³ CA. Toulouse., 17 avr. 2013, n°11/05331.

⁶⁵⁴ CA. Toulouse., 11 déc. 2007, RG n°06/02396.

⁶⁵⁵ CA. Nancy., 22 oct. 2008, RG n°00/00865.

⁶⁵⁶ CA. Paris., 17 févr. 2016, n°13/20415.

⁶⁵⁷ CA. Douai., 17 mars 2011, n°09/08362.

l'hypothèse où le franchisé déciderait de n'utiliser qu'une seule partie du savoir-faire. Ainsi, dans une affaire concernant une franchise spécialisée dans le secteur de la restauration rapide de pizzas sur place et à emporter, la Cour d'appel de Paris n'a pas hésité à prononcer la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé puisque : « *ce dernier n'avait pas respecté une obligation déterminante du contrat, qui était de maintenir la pizzeria ouverte au public. Le franchisé avait unilatéralement décidé de limiter son activité à la livraison de pizzas à domicile et a maintenu cette décision malgré la mise en demeure délivrée par le franchiseur* »⁶⁵⁸. La sanction sera identique lorsqu'un franchisé appartenant à une chaîne de magasins commercialisant des produits alimentaires décidera seul et en méconnaissance des stipulations contractuelles de ne pas respecter l'assortiment de produits imposés par le franchiseur⁶⁵⁹.

L'ensemble des normes contenues dans le manuel opératoire sont destinées d'une part, à permettre d'aider le franchisé dans l'utilisation du savoir-faire, et d'autre part, à préserver l'image de marque et la notoriété du réseau⁶⁶⁰. Mais l'ensemble de ces normes ne seront efficaces que si le franchiseur est capable de pouvoir contrôler leurs applications et donc leurs respects par le franchisé⁶⁶¹.

Paragraphe II : Le contrôle par le franchiseur de la réitération du savoir-faire

100. Plan. Lors de la transmission du savoir-faire, le franchiseur communiquera à son franchisé l'ensemble des éléments constitutifs dudit savoir-faire, mais aussi un certain nombre de règles visant à encadrer son utilisation. La réception et la réitération du savoir-faire par le franchisé, implique que le franchiseur puisse contrôler que les normes d'exploitation qu'il a mises en place soient réellement appliquées par le franchisé (**A**). Toutefois, lors de l'exercice de ces différents contrôles, le franchiseur devra veiller à ne pas porter atteinte à l'indépendance du franchisé (**B**).

⁶⁵⁸ CA. Paris., 18 mars 2009, n°07/01386.

⁶⁵⁹ CA. Saint-Denis (Réunion), 14 sept. 2012, n°10/02116

⁶⁶⁰ AL SUHAIRY (Y.) : « *La fin du contrat de franchise* », Thèse, Poitiers, 2008.

⁶⁶¹ LE TOURNEAU (P.) : « Le franchisage », JCP N n°2, 11 janv. 1985, 100081.

A. Le contrôle de la réitération du savoir-faire, expression du pouvoir de police du franchiseur au sein du réseau

101. L'exercice de contrôles par le franchiseur, indispensable à la réitération du savoir-faire par le franchisé. Les clauses par lesquelles le franchiseur prévoit d'organiser des contrôles sur l'activité du franchisé ne peuvent être assimilées à des pratiques restrictives de concurrence puisqu'elles sont, d'une part, indispensables à la réitération optimale du savoir-faire par le franchisé et, d'autre part, indissociables de la réception du savoir-faire⁶⁶². De manière classique, le contrat de franchise met à la charge du franchiseur trois obligations distinctes : la transmission d'un savoir-faire, la mise à disposition de signes distinctifs ainsi que la fourniture d'une assistance au franchisé⁶⁶³. Toutefois, les obligations du franchiseur ne peuvent être cantonnées à ce triptyque dans la mesure où il devra aussi veiller, en sa qualité de tête de réseau, à ce que l'ensemble de ses franchisés réitèrent parfaitement et conformément le savoir-faire transmis. En instituant des normes et des procédés en matière d'exploitation, le franchiseur se doit de mettre en place des contrôles afin de lui permettre de veiller à ce qu'ils soient respectés par les membres de son réseau⁶⁶⁴. Le franchiseur est donc tenu de procéder à une multitude de contrôles afin de garantir l'homogénéité de son réseau mais également pour prévenir qu'un de ses franchisés ne porte atteinte à l'image de marque ou ne cause un préjudice à un tiers du fait d'une mauvaise réitération⁶⁶⁵. Comme l'indique un auteur, « *tout comme l'employeur exerce un pouvoir hiérarchique sur les salariés, le franchiseur gouverne le réseau de franchisés* »⁶⁶⁶. Toutefois, la référence au pouvoir hiérarchique de l'employeur peut sembler maladroite puisqu'il n'existe aucun lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé⁶⁶⁷. Il paraît préférable de comparer les prérogatives du franchiseur à l'intérieur de son réseau à celles d'un maire. A l'instar de ce

⁶⁶² DEMARET (P.) : « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E n°48, 27 nov. 1986, 14816.

⁶⁶³ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « Pour la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, un franchisé n'est pas un partenaire ... », LEDICO sept. 2018, 111n2, p.4 ; CA. Paris, 4 mars 1991, D. 1992, p. 392 ; LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N n°27, 3 juill. 1992, 100982.

⁶⁶⁴ DISSAUX (N.) : « Franchise », Rép. com, avril 2014, n°88 ; PETITJEAN (J-L.) : « Le rôle du contrôle dans la franchise », RF compt. 1997/286, p. 79.

⁶⁶⁵ LE TOURNEAU (P.) : « Le franchisage », JCP N n°2, 11 jan. 1985, 100081.

⁶⁶⁶ JAMIN (C.) : « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », D. 2003, p. 2878.

⁶⁶⁷ REGNAULT (S.) : « Assistance du franchiseur, obligation de moyens – transmission du savoir-faire, obligation de faible intensité », AJ contrat 2018, p. 92

dernier, qui utilise son pouvoir de police au sein de sa commune pour gérer ses administrés, le franchiseur dispose aussi d'un tel pouvoir lui permettant d'assurer la discipline et de maintenir l'ordre dans son réseau⁶⁶⁸. Le franchiseur veille donc à protéger le réseau des agissements des tiers, et de certains franchisés dissipés⁶⁶⁹. Le pouvoir de police du franchiseur se matérialisera par le contrôle de manière régulière de l'activité de ses franchisés, notamment en ce qui concerne le respect des normes contenues dans le manuel opératoire, ainsi que des techniques enseignées lors des différentes sessions formations⁶⁷⁰. Dans l'optique de préserver son concept et la notoriété de son réseau, le franchiseur impose à l'ensemble de ses franchisés un certain nombre des règles afin qu'il existe une harmonie à l'intérieur du réseau. Dans ce contexte, le franchiseur jouit d'un pouvoir de contrôle ainsi que disciplinaire afin de préserver cette harmonie indispensable à la pérennité du réseau. Malgré son statut de commerçant indépendant, le franchisé s'apparente à un représentant de la marque créée par le franchiseur. En manquant à son obligation de réitération, notamment en proposant des produits ou des services ne répondant pas aux standards de qualité pourtant imposés dans le manuel opératoire ou en n'utilisant pas le matériel recommandé par le franchiseur, le franchisé portera atteinte à l'harmonie et la notoriété du réseau⁶⁷¹. Pour reprendre une formule célèbre du P. LE TOURNEAU : « *la force du réseau résulte de sa cohésion et de la puissance de chacun de ses membres. Que l'un soit défaillant, tous en pâtiront* »⁶⁷². D'ailleurs, la Cour d'appel de Paris a pu rappeler que les clauses qui imposent des contrôles : « *constituent des obligations habituelles de tout franchisé à l'égard de son franchiseur* », dans la mesure où elles sont destinées à s'assurer du respect des obligations du franchisé en matière d'utilisation du savoir-faire⁶⁷³. Lorsque le franchiseur constatera au cours de ces contrôles que l'un de ses franchisés s'est montré défaillant dans la réitération du savoir-faire, le franchiseur devra alors utiliser son pouvoir de police afin de sanctionner le franchisé dont les agissements auront eu pour effet de ternir la réputation de la marque⁶⁷⁴. Ainsi, la mise en place de contrôles et le pouvoir de sanction qui en découle doivent être pris

⁶⁶⁸ DE COCKBORNE (J-E.) : « Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence », RTD eur. 1989, p. 181.

⁶⁶⁹ CA. Paris., 24 jan. 1997, RJ com. 1999, p. 375.

⁶⁷⁰ LE TOURNEAU (Ph.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Action Dalloz 2014/2015, n°5698

⁶⁷¹ CA Paris, 25 janv. 2007, LPA 15 nov. 2007, p. 27, n° 87

⁶⁷² LE TOURNEAU (P.) : « Le franchisage », *Economica* 1994, p. 50.

⁶⁷³ CA. Paris., 16 mai 2018, n°16/04303.

⁶⁷⁴ LE TOURNEAU (P.) : « *Les contrats de franchisage* », Litec, 2007, 2e édition., n°91.

avec sérieux par le franchiseur puisque ce dernier pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée par les autres franchisés en cas d'inaction⁶⁷⁵. De plus, les autres franchisés pourront agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle à l'égard du franchisé défaillant⁶⁷⁶. Par ailleurs, une mauvaise réitération du savoir-faire pourrait avoir pour effet de causer un préjudice à un tiers et engager la responsabilité du franchiseur notamment lorsqu'il connaissait les défaillances du franchisé en s'abstenant fautivement de procéder à des contrôles⁶⁷⁷. En définitive, les contrôles réalisés par le franchiseur constituent un droit que lui confère sa qualité de tête de réseau mais aussi un devoir vis-à-vis de l'ensemble des franchisés du réseau⁶⁷⁸. La réception du savoir-faire implique donc que lors des contrôles effectués par le franchiseur ce dernier constate que l'ensemble des normes d'exploitation sont parfaitement respectées par le franchisé⁶⁷⁹. Le contrôle de la réitération est donc primordial afin de veiller à ce que le franchisé puisse pouvoir amplifier la réussite commerciale du franchiseur. Toutefois, les normes ne seront réellement efficaces que si le franchiseur peut contrôler leurs applications. Dans la pratique, le franchiseur aura contractuellement prévu d'effectuer différents types de contrôles.

102. Les différents moyens de contrôle contractuellement prévus par le franchiseur. Le contrat de franchise repose sur une relation de confiance entre chacune des parties tout en leur imposant une obligation de collaboration⁶⁸⁰. Afin de veiller à ce que le franchisé respecte, pendant toute la phase d'exécution du contrat, l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire, le franchiseur insèrera au sein même dudit contrat plusieurs clauses visant à imposer au franchisé de subir un certain nombre de contrôle selon des modalités bien précises⁶⁸¹. Dans la pratique, les contrôles du franchiseur se matérialiseront sous deux formes⁶⁸². La première consistera pour le franchiseur et notamment pour ses

⁶⁷⁵ DISSAUX (N.) : « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », AJCA 2014, p. 60.

⁶⁷⁶ AL SUHAIRY (Y.) : « *La fin du contrat de franchise* », Thèse, Poitiers, 2008.

⁶⁷⁷ Cass. 2^e civ., 14 déc. 1956 : Bull. civ. II, n°694, Gaz. Pal. 1957, 1, p.233 ; Cass. com., 6 nov. 1961, D. 1962, p. 186.

⁶⁷⁸ PIHERY (R.) : « L'appréhension des accords de réseau par le droit social : pour une reconnaissance des spécificités de la franchise », AJCA 2016, p. 11.

⁶⁷⁹ LE TOURNEAU (P.) : « Le franchisage », JCP N n°2, 11 jan. 1985, 100081.

⁶⁸⁰ MAROT (Y.) « La collaboration entre franchiseur et franchisé », LPA, 31 août 2000, n°174. p.4.

⁶⁸¹ FERRIER (D.) : « Conditions de la résiliation d'une franchise aux torts du franchiseur : carence dans la formation », D.1990, p 370.

⁶⁸² LE TOURNEAU (P.) : « Le franchisage », JCP N n°2, 11 jan. 1985, 100081.

équipes à se rendre dans le point de vente du franchisé afin d'y effectuer des visites de contrôles et des inspections. Au cours de ces visites, le franchiseur vérifiera notamment que le franchisé propose bien, par exemple, l'ensemble des produits de la marque, que la présentation du magasin est conforme aux recommandations du franchiseur, ou encore que les normes d'hygiène sont bien respectées. La seconde modalité de contrôle consistera pour le franchiseur à imposer à son franchisé de lui communiquer de manière régulière certains de ses documents comptables et notamment son chiffre d'affaire⁶⁸³. Le franchiseur pourra aussi demander à ce que le franchisé lui communique les différentes factures et bons de commandes afin d'attester qu'il s'approvisionne bien et surtout de manière régulière auprès des fournisseurs agréés par lui. Une telle modalité de contrôle a rapidement été reconnue comme étant licite par la Commission Européenne puisqu'elle n'a pas pour effet de permettre au franchiseur de s'immiscer dans la gestion de son franchisé, mais bien de pouvoir contrôler la manière dont il réitère le savoir-faire⁶⁸⁴. Toutefois, le franchiseur doit veiller à préciser, dans le contrat de franchise, que ses contrôles seront permanents sans pour autant indiquer les dates à laquelle ils interviendront⁶⁸⁵. En effet, la Cour d'appel de Rouen est venue préciser qu'un franchisé ne peut pas reprocher à son franchiseur de n'avoir effectué qu'une seule visite au sein de son établissement « *alors que si le contrat de franchise prévoit des visites de contrôle par le franchiseur, il n'instaure pas de périodicité pour ces visites* »⁶⁸⁶. Contractuellement prévus, le franchisé ne peut refuser de se soumettre à de tels contrôles sous peine de voir le contrat de franchise être résilié à ses torts exclusifs⁶⁸⁷. Ainsi, la résiliation du contrat de franchise devra être prononcée lorsque le franchisé refusera l'accès à son magasin aux équipes du franchiseur⁶⁸⁸. Toutefois, dans un arrêt récent, la Cour de cassation est venue réaffirmer que la résiliation du contrat de franchise ne pourra être obtenue par le franchiseur que si ce dernier peut démontrer que le manquement du franchisé à son obligation de contrôle revêt une certaine gravité. En effet, la Haute juridiction rappelle que pour : « *prononcer la résiliation du contrat aux torts exclusifs des franchisés* » il était nécessaire que les juges du fond vérifient que la faute, en l'espèce le refus de communiquer

⁶⁸³ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982

⁶⁸⁴ Comm. CE, déc. n° 87/14/CEE, 17 déc. 1986, pt. 50 : JOCE n° L 008, 10 janv. 1987, p. 49

⁶⁸⁵ LE TOURNEAU (P.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Chapitre 3352 – Réseaux commerciaux – 2018-2019, Dalloz.

⁶⁸⁶ CA. Rouen., 19 mars 2015, n°14/03019.

⁶⁸⁷ Cass. Com. 9 oct. 1990, Juris-Data n°1990-002529.

⁶⁸⁸ CA. Toulouse., 11 déc. 2007, RG n°06/02396 ; Cass. Com., 9 oct. 1990, n°89-13.000.

leurs statistiques mensuelles d'achats au franchiseur, revêtait « *une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat* »⁶⁸⁹.

Le contrat de franchise constitue donc un outil de justification pour le franchiseur afin d'imposer un certain nombre de contrôles lui permettant de s'assurer que le franchisé réitère à l'identique le savoir-faire qui lui a été transmis⁶⁹⁰. Encore faut-il que dans l'exercice de son pouvoir de police matérialisé par ses contrôles, le franchiseur ne porte pas atteinte à l'indépendance ainsi qu'à l'autonomie du franchisé⁶⁹¹.

B. Le difficile équilibre entre l'indépendance du franchisé et le contrôle de la réitération

104. Plan. L'indépendance juridique du franchisé à l'égard du franchiseur constitue à la fois une caractéristique essentielle du contrat de franchise⁶⁹², mais explique aussi le succès de la franchise comme mode de distribution⁶⁹³. La réitération du savoir-faire par le franchisé n'échappe pas à cette règle puisque si le franchisé doit respecter les normes imposées par le franchiseur, il reste malgré tout une entité juridique indépendante. Il est impératif que le franchiseur respecte l'indépendance de son franchisé lorsqu'il procédera à des inspections de contrôles⁶⁹⁴. De plus, la réitération du savoir-faire ne saurait imposer au franchisé de sacrifier son statut de commerçant indépendant. En effet, malgré le fait que le franchisé soit dépendant économiquement de son franchiseur, le contrat de franchise ne place nullement le franchisé dans une relation de subordination à l'égard du franchiseur⁶⁹⁵. Dans la pratique, il existe une véritable épée de Damoclès au-dessus du franchiseur, puisque, s'il possède un pouvoir de police lui permettant de contrôler la réitération du savoir-faire par le

⁶⁸⁹ Cass. Com., 29 mars 2017, n°15-25.742.

⁶⁹⁰ FERRIER (D.) : « Requalification d'un contrat de franchise en gérance salariée à défaut d'autonomie du prétendu franchisé dans l'exploitation de son commerce », *D.* 1997, p. 57.

⁶⁹¹ BODDAERT (J.) et SOLTNER (B.) : « Les réseaux de distribution menacés par l'application extensive de l'article L. 7321-2 du Code du travail », *D.* 2017, p. 368.

⁶⁹² LEVENEUR (L.) : « L'indépendance est un élément essentiel du contrat de franchise », CCC n°2, Février 2004, comm. 19 ; LEVENEUR (L.) : « Application du droit du travail à un franchisé sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ». *JCP E*, n°25, 20 juin 2002, 953.

⁶⁹³ VIRASSAMY (G.) : « Franchise et limites de l'effet relatif des contrats », *JCP E*, n°39, 26 sept. 1996, 854.

⁶⁹⁴ CA. Paris., 10 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 544, note C. JAMIN.

⁶⁹⁵ BOUVIER (A.) : « *Regards sur le contrat de franchise* », Thèse, Montpellier, 2015.

franchisé, ce dernier pourra solliciter la requalification du contrat de franchise en contrat de travail (1), ou demander à pouvoir bénéficier du régime protecteur relatif au statut de gérant de succursale (2). Par ailleurs, le franchiseur qui utiliserait son pouvoir de discipline pour s’immiscer dans la gestion du franchisé pourrait se voir reconnaître comme gérant de fait (3).

1. La requalification du contrat de franchise en contrat de travail

105. L’existence d’un lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé, condition indispensable à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail. Le statut de commerçant indépendant du franchisé semble constituer un obstacle à la reconnaissance d’un lien de subordination existant entre lui et son franchiseur⁶⁹⁶. Toutefois, la probabilité que le franchiseur impose à son franchisé outre une obligation de contrôle⁶⁹⁷, un certain nombre de clauses dans le cadre de la réception du savoir-faire ayant pour effet de porter atteinte à son indépendance n’est pas à exclure⁶⁹⁸. Dans une telle situation le franchisé serait fondé à solliciter la requalification du contrat de franchise en contrat de travail⁶⁹⁹ sur le fondement de l’article L. 8221-6 du Code du travail⁷⁰⁰. En effet,

⁶⁹⁶ CA. Montpellier., 6 janv. 1999, *D.* 2001, somm. 296, obs. FERRIER (D.).

⁶⁹⁷ FERRIER (D.) : « Conditions de la résiliation d’une franchise aux torts du franchiseur : carence dans la formation », *D.* 1990, p 370.

⁶⁹⁸ INFOREG : « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », *Cah. dr. entr.* n°5, sept. 2008, prat. 20.

⁶⁹⁹ LECOURT (A.) : « Requalification d’un contrat de franchise en gérance salariée de succursale », *AJCA* 2014, p. 142.

⁷⁰⁰ Art. L. 8221-6 du Code du travail : « *I-Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription : 1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ; 2° Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 214-18 du code de l'éducation ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ; 3° Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ; II.- L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. Dans ce cas, la dissimulation d'emploi salarié est établie si le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement par ce moyen à l'accomplissement des obligations incombant à l'employeur mentionnées à l'article L. 8221-5. Le donneur d'ordre qui a fait l'objet d'une condamnation pénale pour travail dissimulé en application du présent II est tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées aux personnes mentionnées au I au titre de la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie ».*

la qualification retenue par les parties ne constitue pas une barrière à la requalification du contrat par le juge dans la mesure où ce dernier prendra en compte la situation réelle, c'est-à-dire la situation de fait⁷⁰¹. Pour ce faire, le juge aura recours à la technique du faisceau d'indices pour prononcer la requalification du contrat de franchise⁷⁰² notamment lorsqu'il constatera que ledit contrat contient un certain nombre de clauses qui ont pour effet d'imposer au franchisé d'exécuter, sous les directives du franchiseur, une mission précise⁷⁰³ en contrepartie du versement d'une rémunération⁷⁰⁴. L'existence d'un lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé est donc un élément déterminant à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail⁷⁰⁵. La Cour de cassation est venue préciser qu'en matière de franchise, le lien de subordination existe lorsque le franchisé : « *est soumis dans l'exécution de son travail, à l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements et que ses conditions de travail sont unilatéralement déterminées par le franchiseur* »⁷⁰⁶. Toutefois, les clauses par lesquelles le franchiseur impose à son franchisé de subir des inspections tout en l'obligeant à lui communiquer certains éléments de sa comptabilité sont insuffisantes afin de caractériser un lien de subordination entre les parties au contrat de franchise⁷⁰⁷. Il est donc primordial que le franchiseur respecte l'indépendance du franchisé lors de la réitération du savoir-faire. En pratique, les décisions admettant une requalification du contrat de franchise en contrat de travail sont assez rares⁷⁰⁸. En effet, nombreux sont les franchisés qui, rencontrant des difficultés financières, sollicitent abusivement le Code de travail pour s'extraire de la relation contractuelle⁷⁰⁹. Ainsi, la demande de requalification du contrat de franchise en contrat de travail sera rejetée lorsque le franchisé dispose d'une liberté dans la

⁷⁰¹ CA. Grenoble., 1^{er} sept. 2003, Juris-Data n°2003-241377.

⁷⁰² GOUACHE (J-B.) : « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise », CCC n°11, nov. 2015, étude 15.

⁷⁰³ Cass. com., 18 janv. 2012, n°10-16.342, JurisData n°2012-000564.

⁷⁰⁴ BOUVIER (A.) : « *Regards sur le contrat de franchise* », Thèse, Montpellier, 2015.

⁷⁰⁵ PIHERY (R.) : « L'appréhension des accords de réseau par le droit social : pour une reconnaissance des spécificités de la franchise », AJCA 2016, p. 11.

⁷⁰⁶ Cass. soc., 22 mars 2007, n°05-45.434, JurisData n°2007-0381157.

⁷⁰⁷ FERRIER (D.) : « Conditions de la résiliation d'une franchise aux torts du franchiseur : carence dans la formation », D.1990, p 370.

⁷⁰⁸ BODDAERT (J.) et SOLTNER (B.) : « Les réseaux de distribution menacés par l'application extensive de l'article L. 7321-2 du Code du travail », D. 2017, p. 368 ; SIMON (F-L.) : « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.13.

⁷⁰⁹ AMIEL-COSME (L.) : « Requalification d'un contrat de franchise en contrat de gérance salariée par application de l'article L.781-1, 2° du Code du travail », D. 1997, p. 10.

fixation des prix des produits vendus, le choix des locaux et de son personnel⁷¹⁰, ou encore pour s'engager contractuellement avec les fournisseurs de son choix et pour commander librement la quantité de produits sous la marque du franchiseur⁷¹¹. Par ailleurs, le franchisé ne pourra demander la requalification du contrat de franchise en reprochant au franchiseur de ne lui avoir pas laissé une liberté suffisante pour aménager le point de vente, dans la mesure où selon le principe de la réitération intégrale et parfaite du savoir-faire, le franchisé se doit d'aménager son établissement en respectant les indications du franchiseur⁷¹². Cependant, la jurisprudence n'a pas hésité à prononcer la requalification du contrat de franchise en contrat de travail lorsque le franchisé s'apparentait à un « *simple agent d'exécution dépourvu d'autonomie* »⁷¹³, ou lorsqu'il se devait de suivre les directives du franchiseur sur la façon d'organiser son activité⁷¹⁴, notamment en ce qui concerne la détermination des horaires d'ouverture et de fermeture de son établissement⁷¹⁵. La requalification du contrat de franchise sera aussi admise quand le franchiseur imposera à son franchisé de l'informer quotidiennement sur ses résultats financiers⁷¹⁶, ou d'appliquer les prix de revente déterminés arbitrairement par le franchiseur⁷¹⁷. En cas de requalification du contrat de franchise en contrat de travail, d'une part, le franchiseur pourra être condamné pénalement pour dissimulation d'emploi salarié et, d'autre part, le franchisé sera en droit d'obtenir de la part du franchiseur des rappels de salaires et de congés payés⁷¹⁸, mais aussi le bénéfice d'une couverture santé⁷¹⁹, le tout en plus du remboursement des droits d'entrée⁷²⁰.

⁷¹⁰ CA. Rennes., 13 déc. 2005, Juris-Data n°2005-292457.

⁷¹¹ Cass. Com., 23 sept. 2014, n°13-17.847, JurisData n°2014-021947.

⁷¹² CA. Dijon., 30 juin 2005, Juris-Data n°2005-283427 ;

⁷¹³ Cass. soc., 18 janv. 2012, n°10-16.342, *D.* 2013, p. 732 obs. FERRIER (D.) ; LECOURT (A.) : « Attention aux risques de requalification d'une franchise en gérance salariée ! », *AJCA* 2015, p. 481

⁷¹⁴ CA. Paris., 6 nov. 2008, Juris-Data n°2008-372730 ; Cass. Soc., 13 nov. 1996, *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; Cass. Soc., 22 mars 2007, JurisData n°2007-038157 ; LEVENEUR (L.) : « Le franchisé non soumis à l'autorité d'un employeur et dont les conditions de travail ne sont pas déterminées par le franchiseur n'est pas salarié », *CCC* n° 7, juill. 2007, comm. 170.

⁷¹⁵ Cass. Soc., 18 juill. 2001, n°98-40.307, *D.* 2002, p. 2007 obs. D. Ferrier.

⁷¹⁶ Cass. Soc., 19 déc. 1978, *Bull. civ. V*, n°889.

⁷¹⁷ Cass. Soc., 8 juin 2010, n°08-44.965, *D.* 2011, p. 540 obs. D. Ferrier.

⁷¹⁸ CA. Dijon., 30 juin 2005, JurisData n°2005-183427.

⁷¹⁹ Cass. Com., 16 juin 1994, n°92-17.668.

⁷²⁰ CA. Toulouse., 31 janv. 2014, *RG* n°12/01219, JurisData n°2014-001756.

Compte-tenu des conditions restrictives permettant d'obtenir la requalification du contrat de franchise en contrat de travail, le franchisé se tournera davantage vers d'autres dispositions issues du Code du travail afin de bénéficier du statut de gérant de succursale.

2. Le bénéfice au franchisé des dispositions relatives au statut de gérant de succursale

106. La prise en compte de la dépendance économique du franchisé à l'égard de son franchiseur. Malgré l'absence de requalification du contrat de franchise en contrat de travail, le franchisé peut invoquer certaines dispositions du Code du travail en cas de violation par le franchiseur de son indépendance juridique lors de la réception et donc de la réitération du savoir-faire⁷²¹. En effet, les lois du 21 mars 1941⁷²² et du 3 juillet 1944⁷²³ ont instauré un régime de protection destiné aux personnes qui, n'étant pas liées par un contrat de travail, se trouve néanmoins dans une situation de dépendance économique. Si ces lois ont été adoptées à l'origine pour protéger les veuves des « *poilus* »⁷²⁴, elles ont été progressivement élargies à toute personne, dont le franchisé, qui se trouve dans un lien de dépendance économique sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail⁷²⁵. Ainsi, l'article L. 7321-2 du Code du travail prévoit qu'une personne sera considéré comme étant gérant de succursale lorsqu'elle sera : « *1° chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de revoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° Dont la profession consiste essentiellement : a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise aux conditions et prix imposées par cette entreprise ; b) Soit à recueillir les commandes ou*

⁷²¹ SIMON (F-L.) : « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.13.

⁷²² L. du 21 mars 1941 relative à la situation, au regard de la législation du travail, de certaines catégories de travailleurs.

⁷²³ L. du 3 juill. 1944 précisant la situation au regard de la législation du travail, des gérants non salariés de succursales de maisons d'alimentation de détail.

⁷²⁴ BODDAERT (J.) et SOLTNER (B.) : « Les réseaux de distribution menacés par l'application extensive de l'article L. 7321-2 du Code du travail », *D.* 2017, p. 368.

⁷²⁵ LEVENEUR (L.) : « Application du droit du travail à un franchisé sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ». JCP E, n°25, 20 juin 2002, 953 ; Cass. Soc. 3 févr. 1988. Bull. Civ. V. n°84.

à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ».

L'article L. 7321-2 du Code du travail, pose donc trois conditions cumulatives pour que le franchisé bénéficie du statut de gérant succursale, à savoir : l'existence d'une exclusivité ou une quasi-exclusivité d'approvisionnement, la présence d'un local qui doit être fourni ou agréé par le franchiseur et, enfin, des conditions de vente et de prix que le franchiseur imposera à son franchisé⁷²⁶. La Cour de cassation est venue préciser par une série de trois arrêts de principe que le franchisé n'était pas tenu de démontrer l'existence d'un lien de subordination afin d'être reconnu comme étant gérant de succursale⁷²⁷. Le franchisé sera donc considéré comme gérant de succursale si les conditions cumulatives de l'article L. 7321-2 du Code du travail sont réunies sans qu'il ne soit contraint de démontrer l'existence d'un lien de subordination à l'égard de son franchiseur⁷²⁸. Au final, l'importance de la dépendance économique du franchisé à l'égard du franchiseur sera déterminante⁷²⁹. A titre d'illustrations, la Cour de cassation a ainsi reconnu le statut de gérant de succursale au franchisé lorsqu'il ne disposait d'aucune liberté dans le choix des fournisseurs⁷³⁰, ou encore dans la fixation des prix de vente⁷³¹. Si les conditions cumulatives de L. 7321-2 du Code du travail se trouvent réunies, le contrat de franchise ne sera pas pour autant requalifié en contrat de travail puisqu'il n'existe aucun lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé⁷³². Dans ce cas, le franchisé bénéficiera seulement des dispositions protectrices issues du Code

⁷²⁶ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Contrat de franchise : compétence du conseil des prud'hommes pour la requalification », CCC n°7, juill. 2011, comm. 162

⁷²⁷ Cass. soc., 4 déc. 2001, n°99-44.452, n°99-43.440 et n°99-41.265 ; RESPAUD (J-L.) : « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence 2003-2005 », LPA, 8 mars 2006, n°48. p. 3.

⁷²⁸ Cass. Soc., 8 févr. 2005, RJDA 2005, n°453, JCP E 2005, p. 630, obs. D. MAINGUY.

⁷²⁹ LEVENEUR (L.) : « Application du droit du travail à un franchisé sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ». JCP E, n°25, 20 juin 2002, 953.

⁷³⁰ FERRIER (D.) : « Requalification d'un contrat de franchise en gérance salariée à défaut d'autonomie du prétendu franchisé dans l'exploitation de son commerce ». D. 1997. p. 57

⁷³¹ INFOREG : « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », Cahiers de droit de l'entreprise n°5, sept. 2008, prat. 20.

⁷³² CA. Angers., 6 nov. 2012, RG n°10/03039.

du travail⁷³³ en obtenant outre des dommages et intérêts⁷³⁴, un rappel de salaire⁷³⁵ ou encore une indemnité compensatrice de congés payés ou de préavis⁷³⁶. Par ailleurs, en cas de violation par le franchiseur de l'autonomie et de l'indépendance de son franchisé au cours de l'exploitation du savoir-faire ce dernier pourra aussi utiliser les dispositions relatives au gérant de fait.

3. La reconnaissance de la qualité de gérant de fait au franchiseur

107. L'immixtion du franchiseur dans la gestion de l'établissement du franchisé.

L'exécution du contrat de franchise impose une obligation de collaboration entre les parties afin que le franchisé puisse réceptionner parfaitement le savoir-faire et donc réitérer la réussite commerciale de son franchiseur⁷³⁷. Toutefois, l'obligation de collaboration ne doit pas porter atteinte à l'indépendance du franchisé et encore moins permettre au franchiseur de s'immiscer dans la gestion de la société de son franchisé. Une telle immixtion aurait des conséquences juridiques importantes pour le franchiseur puisque celui-ci sera considéré comme étant le gérant de fait de l'établissement du franchisé. Dans un arrêt célèbre en date du 11 juin 1987, la Cour d'appel de Paris a dressé la liste des éléments constitutifs de la gestion de fait. En effet, pour la Cour, la qualité de gérant de fait se caractérise par une « *immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* »⁷³⁸. Pour que le franchiseur soit reconnu comme gérant de fait, il est donc impératif qu'il exerce un pouvoir de direction ou un pouvoir de gestion au sein de l'établissement de son franchisé. Autrement dit, la gestion de fait implique que le franchiseur accomplisse des actes juridiques en lieu et place du franchisé. Afin de requalifier le franchiseur en gérant de fait de la société du franchisé, les juges du fond devront analyser

⁷³³ BODDAERT (J.) et SOLTNER (B.) : « Les réseaux de distribution menacés par l'application extensive de l'article L. 7321-2 du Code du travail », *D.* 2017, p. 368 ; RESPAUD (J.-L.) : « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence 2003-2005 », *LPA*, 8 mars 2006, n°48. p. 3 ; SIMON (F.-L.) : « L'identification du contrat de franchise », *LPA*, 13 nov. 2009, n°227, p.13.

⁷³⁴ Cass. soc., 9 oct. 2013, n°12-24.252 et 12-21.409.

⁷³⁵ CA. Aix-en-Provence., 30 mars 2010, RG n°2010/210, *JurisData* n°2010-018892.

⁷³⁶ CA. Versailles., 2 oct. 2012, RG n°11/02008, *JurisData* n°2012-026930.

⁷³⁷ LIKILLIMBA (G.A), « La liquidation judiciaire du franchisé conduit-elle systématiquement à la condamnation du franchiseur au comblement de passif ? » *LPA*, 20 fév. 1988, n°22, p.21.

⁷³⁸ CA. Paris., 11 juin 1987, *Bulletin Joly* 1987, p. 719.

le contenu du contrat de franchise afin de déterminer si les obligations auxquelles est soumis le franchisé sont courantes et habituelle dans ce type de contrat. Dans le cas contraire, le franchiseur sera condamné comme étant gérant de fait. Ainsi, la Cour de Cassation est venue confirmer une décision d'une Cour d'appel qui avait reconnu la qualité de gérant de fait du franchiseur notamment en raison du fait que ce dernier s'était immiscé dans la gestion de la société du franchisé, immixtion qui dépassait les obligations à la charge du franchiseur résultant du contrat de franchise. En effet, le franchiseur était, en réalité, le dirigeant de fait de la société du franchisé puisqu'il détenait : *« les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société franchisée, avait conservé la signature bancaire de celle-ci, préparait tous les documents administratifs et les titres de paiement signés ensuite, établissait les déclarations fiscales et sociales, contrôlait l'embauche du personnel et avait participé à la poursuite d'une activité déficitaire du franchisé »*⁷³⁹. Pour la Cour de cassation, le franchiseur sera reconnu comme étant le gérant de fait lorsqu'il insèrera dans le contrat de franchise des clauses lui permettant de s'immiscer dans la gestion et la direction de la société de son franchisé notamment en donnant directement des instructions aux salariés, en traitant avec les fournisseurs ou en encaissant l'ensemble des règlements perçus par le franchisé⁷⁴⁰. Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour de Cassation, que la dépendance économique du franchisé est insuffisante pour démontrer et établir que le franchiseur a exercé une activité de direction et de gestion au sein de la société du franchisé⁷⁴¹. La reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait au franchiseur aura pour effet de *« l'assimiler au dirigeant de droit pour les aspects contraignants sans pouvoir se prévaloir des règles favorables inhérentes au statut de dirigeant de droit »*⁷⁴².

La réception du savoir-faire constitue une obligation essentielle pour le franchisé. Elle implique que le franchisé assimile les éléments constitutifs du savoir-faire ainsi que les règles dictées dans le manuel opératoire afin de les respecter lors de l'exploitation du savoir-faire. En tant que garant de l'image de marque du réseau, le franchiseur devra contrôler de

⁷³⁹ Cass. Com. 9 nov. 1993, Bull. Civ. IV n°390, JCP G 1994, n°22304, note G. Virassamy.

⁷⁴⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) : *« Droits des sociétés »*, LexisNexis, 29^{ème} édition, 2016, n°330 et s.

⁷⁴¹ Cass. Com., 27 mai 2003, n°00-13. 605.

⁷⁴² COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) : *« Droits des sociétés »*, LexisNexis, 29^{ème} édition, 2016, n°334 et s.

manière régulière l'utilisation du savoir-faire par son franchisé. Lors de ses contrôles, il devra veiller à ne pas porter atteinte à l'indépendance de son franchisé, sous peine de voir celui-ci intenter une action afin de bénéficier de certaines dispositions protectrices issues du Code du Travail⁷⁴³. Outre, l'obligation d'exploiter le savoir-faire conformément aux méthodes enseignées par le franchiseur, le franchisé se doit de respecter d'autres obligations qui sont les conséquences directes de la réception du savoir-faire.

Section II : Les obligations accessoires découlant de la réception du savoir-faire

108. Plan. La réception du savoir-faire conduit le franchisé à devoir réitérer la réussite commerciale de son franchiseur notamment en exploitant à son tour le savoir-faire. Dans ce contexte, le franchisé sera aussi tenu de supporter un certain nombre d'obligations de nature financière qui constituent la contrepartie de la transmission par le franchiseur du savoir-faire (**Paragraphe I**). Par ailleurs, et dans un souci de préserver l'harmonie et l'homogénéité de son réseau, le franchiseur imposera à son franchisé une obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Les obligations financières mises à la charge du franchisé

109. Plan. Le contrat de franchise est un contrat à titre onéreux puisque le franchisé est tenu de payer une multitude de redevances qui trouvent leurs contreparties dans les avantages qui lui sont fournis par son franchiseur. Même si elles ne relèvent pas de l'essence de la franchise, elles sont présentes dans quasiment l'ensemble des contrats de franchise. En pratique, les obligations financières du franchisé se matérialisent par le paiement de deux types de redevances, à savoir, d'une part, la redevance forfaitaire initiale appelée plus communément le droit d'entrée (**A**) et, d'autre part, la redevance périodique d'exploitation (**B**). Toutefois, un important contentieux est apparu au sujet du paiement desdites redevances dans la mesure où les franchisés insatisfaits de leurs propres résultats décident parfois d'en

⁷⁴³ FERRIER (D.) : « L'assistance du franchiseur ne prive pas le franchisé de son indépendance commerciale », D. 2003, p. 2429.

suspendre les paiements en arguant d'un manquement du franchiseur à ses obligations essentielles, au premier rang desquelles figure un défaut de transmission du savoir-faire (C).

A. La redevance forfaitaire initiale : le droit d'entrée

110. La redevance forfaitaire initiale, contrepartie à l'adhésion du franchisé au réseau. La redevance forfaitaire initiale appelée dans la pratique le droit d'entrée, constitue la contrepartie des « *efforts et investissements consacrés par le franchiseur à l'élaboration et au perfectionnement de son savoir-faire* »⁷⁴⁴. En s'acquittant du droit d'entrée, le franchisé intégrera le réseau du franchiseur, mais aura surtout accès aux éléments du savoir-faire ainsi qu'au concept dans son intégralité⁷⁴⁵. Toutefois, la doctrine est divisée au sujet de la justification du paiement par le franchisé d'une telle redevance. Pour certains, le droit d'entrée correspond : « *à l'ensemble des prestations de services dont bénéficie le franchiseur avant l'ouverture de son établissement, mais également de la communication du savoir-faire* »⁷⁴⁶. Pour d'autres, le droit d'entrée a, pour contrepartie, la transmission du savoir-faire, ainsi que, l'ensemble des prestations réalisées par le franchiseur avant l'ouverture du point de vente du franchisé ainsi que la fourniture d'une assistance technique, la mise à disposition d'une licence de marque, ou encore, la concession d'une zone d'exclusivité territoriale⁷⁴⁷. Il ressort de la pratique que certains franchiseurs justifient le paiement d'un droit d'entrée au sein du contrat de franchise en expliquant que cette redevance constitue la contrepartie à l'accès à la notoriété de la marque, à l'expérience du franchiseur matérialisée par son savoir-faire, mais également, à l'ensemble des prestations fournies par lui à compter de la signature du contrat jusqu'à l'ouverture de l'établissement⁷⁴⁸. Enfin, pour quelques auteurs, le droit d'entrée a pour unique contrepartie la transmission par le franchiseur de son

⁷⁴⁴ GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCI Commercial, Fasc. 316-1, n°61 et s.

⁷⁴⁵ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Le savoir-faire, contrepartie du droit d'entrée », CCC n°12, déc. 2007. comm. 299.

⁷⁴⁶ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « *Les contrats de franchisage* », Litec, 2^{ème} édition, 2007.

⁷⁴⁷ VOGEL (L.) et VOGEL (J.) : « *Traité de droit économique, Tome 2, Droit de la distribution, Droit européens et français* », LawLex/Bruylant, 2015, n°482 et s.

⁷⁴⁸ V. notamment LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N n°27, 3 juill. 1992, 100982 qui propose une clause type en matière de paiement du droit d'entrée : « *En contrepartie du droit d'utiliser la marque commerciale, les plans d'agencement, de la transmission du savoir technique et commercial matérialisé par l'expérience acquise par le franchiseur, de la notoriété capitalisée par la marque et divers services rendus au franchisé, le droit d'entrée que doit payer le franchisé au franchiseur est fixé à XX euros* ».

savoir-faire⁷⁴⁹. En définitive, le droit d'entrée correspond à une somme forfaitaire que le candidat à la franchise devra payer afin d'intégrer le réseau et ainsi avoir accès aux éléments constitutifs du savoir-faire. Pour le franchiseur, le droit d'entrée peut s'analyser comme la rémunération de son travail de conception du savoir-faire. Il convient de rappeler pour autant que le droit d'entrée n'est pas un élément d'identification de la franchise puisque certains réseaux dispensent leurs futurs franchisés du paiement d'une telle redevance. L'article L. 330-3 du Code de commerce relatif à l'obligation précontractuelle d'information fait référence, sans le nommer, au droit d'entrée. En effet, l'alinéa 3 dudit article précise que « *lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit* ». Ainsi, le franchiseur pourra exiger de son franchisé qu'il s'acquitte du montant du droit d'entrée avant même la signature du contrat de franchise. Il résulte toutefois en pratique que ce paiement sera généralement exigé lors de la prise d'effet du contrat⁷⁵⁰. Quant à la fixation du montant de la redevance, plusieurs éléments sont pris en compte par le franchiseur dont la notoriété et la réputation de la marque, le nombre de franchisés affiliés au réseau, mais surtout la complexité du savoir-faire et le temps consacré par le franchiseur à son élaboration⁷⁵¹. Plus le réseau comportera de membres plus son attractivité sera importante et plus le futur franchisé devra s'acquitter d'un droit d'entrée important. En raison de la nature du contrat de franchise, à savoir un contrat à durée déterminée, la question s'est posée de déterminer si le franchiseur pouvait imposer à son franchisé le paiement d'un nouveau droit d'entrée lors du renouvellement du contrat de franchise ou lors de l'ouverture d'un nouvel établissement.

111. Le paiement par le franchisé d'un droit d'entrée lors du renouvellement du contrat de franchise ou lors de l'ouverture d'un nouvel établissement ? A l'image de la justification du paiement du droit d'entrée lors de signature du contrat de franchise, la doctrine est également divisée au sujet de la question du paiement par le franchisé d'un droit

⁷⁴⁹ FERRIER (N.) et FERRIER (D.) : « *Droit de la distribution* », Litec, 7^{ème} édition, 2014, n°713.

⁷⁵⁰ GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-1, n°61 et s.

⁷⁵¹ LEGEAS (D.) : « La franchise », JCP N n°27, 3 juill. 1992, 100982

d'entrée lors du renouvellement du contrat de franchise. En principe, la signature du contrat de franchise permettra au franchisé de réceptionner le savoir-faire transmis par le franchiseur. Il est évident, qu'au terme de la période d'exécution du contrat, le franchisé maîtrisera parfaitement le savoir-faire et notamment sa réitération. Dans ce contexte, imposer au franchisé le paiement d'un nouveau droit d'entrée aurait pour effet de rendre cette obligation dénuée de toute contrepartie. En effet, lors du renouvellement du contrat, le franchisé est déjà en possession des éléments constitutifs du savoir-faire, puisqu'il s'est acquitté d'un droit d'entrée afin d'y avoir accès⁷⁵². Cependant, la jurisprudence a déjà validé par le passé la clause par laquelle le franchiseur imposait à son franchisé de s'acquitter d'un droit d'entrée lors du renouvellement du contrat de franchise⁷⁵³. La solution semble quelque peu différente au sujet du paiement par le franchisé d'un tel droit lorsqu'il souhaite créer un établissement supplémentaire et donc signer un nouveau contrat de franchise. En effet, si on considère cette redevance comme étant la contrepartie de la transmission du savoir-faire et de l'ensemble des prestations fournies par le franchiseur jusqu'à l'installation effective du franchisé, un droit d'entrée pourra alors être demandé à ce dernier. Le montant de ce droit sera toutefois inférieur à celui qu'il a payé lors de sa première adhésion au réseau. Dans le cas contraire, le franchisé serait en droit de solliciter une réduction du montant de ce nouveau droit d'entrée. En effet, le franchiseur ne peut demander à son franchisé de s'acquitter d'un nouveau droit d'entrée équivalent à celui initial, alors que le franchisé est déjà en possession des éléments constitutifs de son savoir-faire. Le franchisé pourrait alors arguer d'un défaut de contrepartie, pour obtenir la réduction de son montant. Malgré la maîtrise du savoir-faire par le franchisé, l'intégration dans le réseau d'un nouvel établissement obligera le franchiseur à apporter son assistance afin de former la nouvelle équipe du franchisé constituant ainsi la contrepartie à ce droit d'entrée⁷⁵⁴. En dépit du paiement d'un tel droit, le

⁷⁵² GOUACHE (J.-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-1, n°65.

⁷⁵³ CA. Saint-Denis., 18 févr. 2015, n°13/00095 : « compte tenu du renouvellement du contrat de franchise, le franchisé devra verser 30.000 € comme stipulé à l'article 20 de l'ancien contrat signé le 4 novembre 2004. Qu'il ne fait pas de doute que le premier contrat prévoyait un droit d'entrée et que le paiement intervenant en décembre 2009 était effectué en règlement du droit d'entrée du premier contrat ; que si le contrat prévoyait bien un droit d'entrée, ce dernier n'avait pas à être acquitté en début d'exécution du contrat, qu'il était différé à l'extinction du contrat en cause ; que le franchisé ne justifiant pas du paiement d'un droit d'entrée pour le second, elle n'est pas fondée à en demander la restitution. Qu'il convient dès lors d'infirmier le jugement déféré en ce qu'il a prononcé la restitution du droit d'entrée ».

⁷⁵⁴ SIMON (F.-L.) : « Théorie et pratique du droit de la franchise », éd. Joly 2007, n°287

franchisé sera également tenu de s'acquitter tout au long de la période d'exécution d'un certain nombre de redevances dites périodiques.

B. Les redevances périodiques d'exploitation ou « royalties »

112. Les redevances d'exploitation, contreparties des avantages procurés au franchisé tout au long de l'exécution du contrat de franchise. Le règlement par le franchisé d'un droit d'entrée n'est pas la seule redevance dont doit s'acquitter le franchisé pendant la phase d'exécution du contrat de franchise. En effet, comme l'indique un auteur, le franchisé sera tenu de verser à son franchiseur une redevance d'exploitation périodique qui rémunèrera : « *l'information constante fournie par le franchiseur, l'amélioration du savoir-faire, la formation permanente, l'assistance et les services contractuels assurés par le franchiseur, l'utilisation de l enseigne et la licence de la marque, l'accroissement de la notoriété* »⁷⁵⁵. La redevance d'exploitation n'a pas pour finalité d'imposer au franchisé de supporter une contribution aux frais de publicité du réseau dans la mesure où elle fait l'objet d'une redevance spécifique⁷⁵⁶. Ces redevances, appelées aussi des royalties, se trouvent dans la quasi-totalité des contrats de franchise. Elles ont une importance capitale pour le franchiseur et son réseau⁷⁵⁷. En effet, le franchiseur pourra investir les sommes perçues dans l'innovation en améliorant son savoir-faire ce qui aura pour effet de le valoriser et donc de rendre son concept plus attractif aux yeux des futurs franchisés⁷⁵⁸. La doctrine affirme que les redevances imposées par le franchiseur peuvent prendre différentes formes au sein du contrat de franchise⁷⁵⁹. Tout d'abord, il pourra stipuler que le franchisé devra s'acquitter d'une redevance forfaitaire fixe. Il pourra aussi décider que la redevance correspondra à un pourcentage du chiffre d'affaire réalisé par le franchisé. Enfin, le franchiseur pourra décider de mettre en place une redevance fixe mensuelle à laquelle s'ajoutera une redevance proportionnelle aux résultats de son franchisé. Ces clauses ne seront réellement efficaces que

⁷⁵⁵ KAHN (M.) : « *Franchise et partenariat* », Dunod, 5^e éd. 2009, p.69,

⁷⁵⁶ DISSAUX (N.) : « Franchise », Rép. com., n°98,

⁷⁵⁷ BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée, 1^{ère} ed. 1997, p.88 et s.

⁷⁵⁸ MERESSE (S.) : « Regards sur la franchise », LPA 9 oct. 2018, n°202, p.3 ; LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Franchisage - Franchisage dans le domaine des services - Le franchiseur et le franchisé », JCl. Contrats-Distribution, Fasc. 1050, n°221.

⁷⁵⁹ GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « *Droit de la franchise* », Litec, coll. Carré droit, 2011, n°169 ; LEGAIS (D.) : « La franchise », JCP N n°27, 3 juill. 1992, 100982

si le franchiseur impose à son franchisé de communiquer ses résultats comptables et notamment son chiffre d'affaire⁷⁶⁰. Toutefois, les montants assez importants dont certains franchisés doivent parfois s'acquitter, ont donné naissance à un important contentieux, cristallisé autour du recours au mécanisme de l'exception d'inexécution.

C. Le contentieux lié aux obligations financières

113. La suspension par le franchisé du paiement des redevances via le mécanisme de l'exception d'inexécution. Le paiement des redevances constitue une obligation pour le franchisé. A défaut, le contrat de franchise peut être résolu à ses torts exclusifs⁷⁶¹. Or, l'analyse de la jurisprudence permet de mettre en évidence que nombreux sont les franchisés mécontents de leurs propres résultats à avoir recours au jeu de l'exception d'inexécution afin de suspendre le paiement des redevances. Les redevances d'exploitation trouvent leurs contreparties dans les prestations fournies par le franchiseur, notamment en termes d'assistance, de transmission des évolutions apportées au savoir-faire ainsi qu'en matière de formation continue. Compte tenu de l'interdépendance qui existe entre l'obligation de paiement incombant au franchisé, la fourniture d'une assistance et la transmission d'un savoir-faire pour le franchiseur, le franchisé autrement dit « *l'excipiens* » est en droit de suspendre l'exécution de son obligation en cas de défaillance de son franchiseur. Un auteur affirme d'ailleurs au sujet de l'exception d'inexécution qu'elle est « *par essence liée à la réciprocité et à l'interdépendance des obligations. L'exception d'inexécution se rattache aux rapports synallagmatiques et constitue précisément un des intérêts pratiques de la distinction des contrats synallagmatique et des contrats unilatéraux* »⁷⁶². Nombreux sont les franchisés à avoir recours à l'exception d'inexécution en invoquant un manquement du franchiseur à l'une de ses obligations essentielles dont l'absence d'assistance et de formation continue ou le défaut de transmission des évolutions apportées au savoir-faire⁷⁶³. L'exception d'inexécution constitue pour le franchisé une

⁷⁶⁰ GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Fasc. 316-1, n°67.

⁷⁶¹ CA. Paris., 26 mai 1981, JurisData n°1981-023301

⁷⁶² STORCK (M.) : « Contrat – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution », JCl. Civil Code, Art. 1219 et 1220, n°15.

⁷⁶³ HOUTCIEFF (D.) : « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », Gaz. pal, 26 sept. 2017, n°32, p. 31.

« sorte de moyen de légitime défense contractuelle » aux manquements du franchiseur⁷⁶⁴. Toutefois, il convient de préciser que, dans la majorité des décisions, l'exception d'inexécution est rejetée et le contrat est résilié aux torts exclusifs du franchisé⁷⁶⁵. Néanmoins, la Cour de cassation a déjà reconnu, en faveur d'un franchisé, le bénéfice de l'exception d'inexécution en raison de la défaillance du franchiseur dans l'exécution de ses obligations essentielles. Ainsi, dans un arrêt récent, un franchiseur à la tête d'un réseau exploitant un concept de magasins de vente en libre-service de fleurs coupées avait conclu un contrat de franchise avec un franchisé en novembre 2005. En 2011, le franchiseur avait cédé son fonds de commerce ainsi que l'ensemble des contrats de franchise à une société qui devint ainsi le nouveau franchiseur. Un an plus tard, le franchisé décida d'arrêter le paiement de ses redevances. Le franchiseur l'a alors assigné en paiement et en réparation de son préjudice. De son côté, le franchisé a appelé dans la cause son ancien franchiseur et a demandé la condamnation solidaire des deux franchiseurs afin d'obtenir l'indemnisation de son préjudice résultant de la rupture fautive des contrats et ainsi se voir restituer les redevances versées et non utilisées. Le franchisé avait été placé en cours d'instance sous liquidation judiciaire. La Cour d'appel a débouté le franchiseur de l'ensemble de ses demandes et l'a condamné à rembourser une partie des redevances. Le franchiseur s'est pourvu alors en cassation en reprochant aux juges du fond d'avoir constaté que les défauts d'assistance invoqués par le franchisé étaient la conséquence du premier incident de paiement imputable au seul franchisé. Pour le franchiseur, l'exception d'inexécution ne pouvait être fondée car l'inexécution première incombait au franchisé et non au franchiseur. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en raison des manquements du franchiseur à son obligation d'assistance puisqu'il « ne justifiait de la fourniture d'aucune aide telle que prévue au contrat de franchise, pas plus qu'il ne justifiait avoir réalisé des visites régulières du magasin, faisant ainsi ressortir que les manquements à son obligation d'assistance sont caractérisés »⁷⁶⁶. Par ailleurs, la Cour de cassation a, par une décision largement commentée, semblé admettre que l'exception d'inexécution pouvait être invoquée pour des

⁷⁶⁴ BLANC (N.), LATINA (M.) et MAZEAUD (D.) : « *Droits des obligations* », LGDJ, 2020, n°386.

⁷⁶⁵ RESPAUD (J-L.), CADORET (V.) et MAINGUY (D.) : « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence (2003-2005) », LPA 8 mars 2006, n°48, p. 3

⁷⁶⁶ Cass. Com., 13 juin 2018, n°16-27.209 ; GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Franchise – Actualité du droit de la franchise 2018 », CCC n°12, déc. 2018, étude 16, n°78.

obligations issues de contrats distincts, à condition qu'elles soient liées entre elles⁷⁶⁷. En l'espèce, un contrat de vente avait été signé entre le franchiseur et le franchisé en plus du contrat de franchise. En raison du défaut de paiement du franchisé, qui reprochait à son contractant des manquements à ses obligations de conseil et de transmission d'un savoir-faire, le franchiseur a assigné en paiement ce dernier au titre des marchandises livrées. La Cour d'appel avait accueilli favorablement les demandes du franchiseur tout en prononçant la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé. Ce dernier s'est alors pourvu en cassation en arguant que l'exception d'inexécution pouvait être invoquée lorsque les obligations en cause étaient interdépendantes, peu importe qu'elles soient nées de contrats distincts. Pour le franchisé, l'inexécution par le franchiseur de ses obligations découlant du contrat de franchise l'autorisait à suspendre l'exécution de ses obligations résultant du contrat de vente, contrat qu'il estimait avoir signé dans le cadre de l'exécution du contrat de franchise. Bien que la Cour de Cassation ait rejeté le pourvoi, c'est surtout la motivation de la décision qui est apparue comme étant l'apport essentiel de cet arrêt. Pour la Chambre commerciale, il apparaît « *qu'abstraction faite du motif erroné pris de ce que l'exception d'inexécution ne peut être opposée que pour des obligations nées d'un même contrat, alors que l'inexécution d'une convention peut être justifiée, si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d'une convention distincte, dès lors que l'exécution de cette dernière est liée à celle de la première, la Cour d'appel a exactement caractérisé l'absence d'un lien de cette nature entre les obligations résultant du contrat de franchise, d'une part, et celles découlant des ventes conclues entre les parties à ce contrat, d'autre part, en relevant que l'obligation de payer le prix d'une marchandise n'est pas la contrepartie de la bonne exécution du contrat de franchise, mais seulement celle de la délivrance d'une chose conforme à la commande en exécution du contrat de vente* »⁷⁶⁸. La solution adoptée n'en demeure pas moins critiquable puisqu'en l'espèce, l'interdépendance entre le contrat de franchise et le contrat de vente semblait évidente. En affirmant le contraire, l'arrêt laisse à penser que la résiliation du contrat, pourtant prononcée aux torts exclusifs du franchiseur, ne constituerait nullement un obstacle

⁷⁶⁷ CHENEDE (F.) : « *Le nouveau droit des obligations et des contrats* », 2^{ème} ed. Dalloz, n°128.52

⁷⁶⁸ Cass. Com., 12 juill. 2005, n°03-12.507.

à la recevabilité de sa demande en paiement des marchandises qu'il a livrées au franchisé⁷⁶⁹. La consécration par la réforme du droit des obligations du mécanisme prétorien de l'exception d'inexécution au sein du Code civil conduit à s'interroger à propos de ses effets sur le contentieux relatif aux redevances.

114. L'impact de la réforme du droit des obligations sur le mécanisme de l'exception d'inexécution en matière de franchise. Longtemps, la jurisprudence et la doctrine étaient divisées sur la reconnaissance du mécanisme de l'exception d'inexécution dans la mesure où elle était considérée comme une forme de justice privée⁷⁷⁰. Ce n'est que par l'intermédiaire des travaux de Cassin⁷⁷¹ et de Saleilles⁷⁷² que l'*exceptio non adimpleti contractus* fut pleinement reconnue⁷⁷³. Absente des textes du droit commun des contrats, l'exception d'inexécution n'était pas pour autant ignorée du Code civil. En effet, avant la réforme, elle était implicitement envisagée dans les dispositions propres à certains contrats

⁷⁶⁹ MESTRE (J.) et FAGES (B.) : « L'exception d'inexécution au sein d'un ensemble contractuel ». RJDA 2005, n°1315, p. 1146. ; CONSTANTIN (A.) : « L'exception d'inexécution peut être opposée entre obligations nées de conventions distinctes », JCP G n°50, 14 déc. 2005, doctr. 194.

⁷⁷⁰ Cass. req., 1^{er} déc.1987 : S. 1899, 1, p. 174 ; DP 1898, 1, p. 289, note Planiol ; CA. Paris., 12 mai 1910 : Gaz. pal. 1910, 1, p. 676.

⁷⁷¹ CASSIN (R.) : « *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques – exception non adimpleti contractus – et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution* », Thèse Paris, 1914.

⁷⁷² SALEILLES (R.) : « *Etude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand* », LGDJ, 3^{ème} éd. 1925, p. 185.

⁷⁷³ A compter de la circulaire du 15 sept. 1977 relative au vocabulaire juridique, l'expression d'exception d'inexécution fut préférée à celle d'exception non adimpleti contractus. La circulaire justifia ce choix en affirmant que : « *la commission de modernisation du langage judiciaire s'est attachée à rechercher les moyens de rendre le langage judiciaire plus clair, plus moderne, plus intelligible et plus français. Il importe en effet que la justice se fasse mieux comprendre de ceux pour qui elle est faite (...). Le Code civil n'emploie aucune expression latine. Le législateur les évite lui aussi. Leur exemple doit être suivi d'autant mieux qu'elles peuvent toutes être remplacées par des expressions françaises sans perdre de leur valeur* ».

spéciaux comme la vente⁷⁷⁴, l'échange⁷⁷⁵ ou le dépôt⁷⁷⁶. L'un des objectifs fixés au gouvernement par la loi l'ayant autorisé à réformer le droit des obligations était ainsi de « *regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale du contrat* »⁷⁷⁷. Afin d'atteindre cet objectif, la réforme a sensiblement élargi les pouvoirs unilatéraux de sanction du créancier en cas d'inexécution de son débiteur⁷⁷⁸, notamment en consacrant l'exception d'inexécution⁷⁷⁹. Ainsi, le nouvel article 1219 du Code civil pose le principe selon lequel « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ». Pour reprendre une formule employée par un auteur, « *l'exception d'inexécution est à la fois un mécanisme défensif de sauvegarde des intérêts de l'excipiens et un mécanisme comminatoire par lequel l'excipiens fait pression sur son cocontractant pour qu'il s'exécute* »⁷⁸⁰. L'exception d'inexécution se distingue de la résolution puisqu'elle n'a pas pour effet de mettre un terme au contrat mais seulement d'en suspendre son exécution⁷⁸¹. Le législateur a d'ailleurs fait le choix de ne pas restreindre le champ d'application de l'exception d'inexécution au seul contrat synallagmatique en consacrant la jurisprudence en la matière qui avait étendu le domaine d'application de

⁷⁷⁴ Art. 1612 du C. civ. : « *Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour paiement* » ; V. not. Cass. 3^{ème} Civ., 26 mars 2014, n°13-10984 ; Bull. Civ. III, n°45 ; Art. 1613 du C. civ. : « *Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer à terme* », Art. 1653 du C. civ. : « *Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera* ».

⁷⁷⁵ Art. 1704 du C. civ. : « *Si l'un des copermutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue* ».

⁷⁷⁶ Art. 1948 du C. civ. : « *Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt* ».

⁷⁷⁷ Art. 8, 8°, de la l. n°2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

⁷⁷⁸ WATRIN (L.) : « *L'exception d'inexécution anticipée : une menace contre l'efficacité des procédures amiables ?* », Rec. proc. coll. n°4, juill. 2018, étude 17 ; DISSAUX (N.) : « *Les nouvelles sanctions en matière contractuelle* », AJ contrat 2017, p. 10 ; MEKKI (M.) : « *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations* », Gaz. pal. 2015, n°120, p. 37, spéc. n°9.

⁷⁷⁹ CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », Dalloz, 2^{ème} édition, 2018, n°627 et s.

⁷⁸⁰ DESHAYES (O.) : « *L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ?* », RDC n°04, p. 654.

⁷⁸¹ BENABENT (A.) : « *Droit des obligations* », 17^{ème} éd. LGDJ, n°367 ; Cass. 1^{re} civ., 19 juill. 1965, Bull. civ. I, n°489 ; Cass. 3^{ème} civ, 21 nov. 1990, Bull. civ. III, n°238 ; STORCK (M.) : « *Contrat – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution* », JCl. Civil. code, Art. 1219 et 1220, n°69.

l'exception⁷⁸². En effet, la jurisprudence avait admis le jeu de l'exception d'inexécution à des contrats synallagmatiques imparfaits, à des ensembles contractuels ainsi qu'à des quasi-contrats. Il suffit donc qu'il existe une interdépendance entre les obligations sans pour autant être forcément en présence d'un contrat synallagmatique, ou d'un contrat unique. Certains auteurs regrettent que l'article 1219 ne précise pas le type de contrat concerné par ce mécanisme⁷⁸³, mais surtout ne délimite pas le champ d'application de ce texte. Il appartiendra à la jurisprudence de corriger cette lacune⁷⁸⁴. Toutefois, si l'article 1219 ne fait que consacrer une jurisprudence bien établie, qui ne devrait pas révolutionner le contentieux existant en matière de franchise, la solution risque d'être assez différente au sujet de l'exception d'inexécution préventive prévue au nouvel article 1220 du Code civil.

115. Le possible recours par le franchisé aux dispositions de l'article 1220 du Code civil instaurant une exception d'inexécution préventive. Avant la réforme de 2016, un contractant ne pouvait refuser d'exécuter sa propre obligation que s'il était confronté à une inexécution déjà réalisée ou avérée⁷⁸⁵. Il était impératif que l'*excipiens* démontre que l'obligation de son contractant était exigible afin de pouvoir invoquer valablement le mécanisme de l'exception d'inexécution⁷⁸⁶. Sous l'influence des projets doctrinaux⁷⁸⁷, des textes internationaux⁷⁸⁸ ainsi que de certains droits étrangers⁷⁸⁹, le nouvel article 1220 consacre une exception d'inexécution pouvant être qualifiée d'anticipée ou de préventive⁷⁹⁰. Toutefois, cette forme d'exception n'était pas complètement étrangère du droit français puisqu'elle se retrouvait de manière implicite dans certaines dispositions propres aux

⁷⁸² MIGNOT (M.) : « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI) », LPA, 4 avr. 2016, n°67, p.5.

⁷⁸³ STORCK (M.) : « Contrat – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution », JCl., Civil. Code, Art. 1219 et 1220, n°15.

⁷⁸⁴ CHONE-GRIMALDI (A-S.), DARMON (J.) et GRANDJEAN (J-P.) : « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », JCP E 2016, n°25, 1374.

⁷⁸⁵ PINNA (A.) : « L'exception pour risque d'inexécution », RTD civ. 2003, p. 31.

⁷⁸⁶ CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », Dalloz, 2^{ème} édition, 2018, n°630 et s.

⁷⁸⁷ Art. 103 de l'avant-projet Terré relatif au contrat ; Art. 9 :201 des principes du droit européen des contrats.

⁷⁸⁸ Art. 71 et 72 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

⁷⁸⁹ Art. 321 alinéa 1^{er} du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) : « *Quiconque est obligé de livrer à partir d'un contrat réciproque peut refuser de payer le service si, après la conclusion du contrat, il devient évident que sa réclamation contre la contrepartie est compromise par le manque d'efficacité de l'autre partie. Le droit de refuser l'exécution ne s'applique pas si la contrepartie est fournie ou si une garantie est fournie* ».

⁷⁹⁰ REYGROBELLET (A.) : « L'exception d'inexécution préventive », Bull. Joly, n°09, p. 544.

contrats spéciaux⁷⁹¹. Par ailleurs, au visa des articles 809 et 873 du Code de procédure civile, la jurisprudence autorise un contractant à saisir le juge des référés dans l'optique d'obtenir la suspension temporaire de l'exécution d'une obligation non encore exigible, afin de prévenir un dommage imminent⁷⁹². L'article 1220 du Code civil prévoit ainsi qu'une « *partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ». Le rapport de présentation au Président de la République de l'ordonnance précise que cette exception par anticipation vise à « *limiter le préjudice résultant d'une inexécution contractuelle (...) et constitue un moyen de pression efficace pour inciter le débiteur à s'exécuter* ». Contrairement à l'exception d'inexécution classique qui n'est subordonnée à aucune condition d'exercice⁷⁹³, le législateur a fait le choix de soumettre l'*exceptio timoris* à des conditions de fond et de forme. Tout d'abord, l'article 1220 prévoit deux conditions de fond. Il est donc primordial d'une part, que le créancier ait la certitude que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance prévue, et, d'autre part, que les conséquences de l'inexécution soient suffisamment graves pour l'*excipiens*. Ensuite, l'article 1220 pose une condition de forme puisque l'*excipiens* devra notifier dans les meilleurs délais la suspension de l'exécution de sa propre obligation. Le texte reste toutefois silencieux sur la sanction encourue par le contractant en cas de notification tardive. Certains auteurs regrettent cependant que le législateur n'ait pas imposé au contractant d'indiquer dans sa notification les raisons de la suspension de l'exécution de ses obligations comme c'est pourtant le cas en matière de résolution unilatérale du contrat. Pour la majorité des auteurs⁷⁹⁴, le champ d'application de l'exception d'inexécution de l'article 1220 du Code civil n'a pas vocation à être cantonné aux seuls contrats synallagmatiques mais à l'ensemble des obligations réciproques dès lors qu'il existe une « *certaine latence entre l'obligation et son exécution* »⁷⁹⁵. Quoi qu'il en soit, il est probable que certains franchisés invoquent les

⁷⁹¹ CHANTEPIE (G.) : « Contrat : effets », Rép. civ. n°193.

⁷⁹² MESTRE (J.) : « D'un effet suspensif par anticipation de l'exception d'inexécution », RTD. Civ. 1993, p. 819.

⁷⁹³ V. notamment Cass. Com., 27 janv. 1970, n°67-13764, JCP 1979, II 16554, note A. Huet, qui affirme que le contractant n'est nullement tenu d'adresser une mise en demeure préalablement à la suspension de l'exécution de son obligation.

⁷⁹⁴ V. par ex. CABRILLAC (R.) : « *Droit européen comparé des contrats* », 2^{ème} éd., LGDJ, 2016, n°237 et s.

⁷⁹⁵ GUERIN (S.) et GENTY (N.) : « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », AJ contrat 2017, p. 17.

nouvelles dispositions de l'article 1220 du Code civil, pour suspendre le paiement des redevances. Cependant et dès la rédaction du contrat de franchise, le franchiseur pourra néanmoins aménager le mécanisme de l'article 1220 du Code civil, puisque ces dernières ne sont pas d'ordre public. A titre d'exemple, il est possible que le franchisé invoque les dispositions de l'article 1220 du Code civil, lorsque son franchiseur qui rencontre des difficultés financières importantes est sur le point de licencier l'ensemble de son équipe dédiée au développement du savoir-faire. Dans ce cas, le franchiseur ne sera plus en mesure de communiquer au franchisé les évolutions relatives au savoir-faire ce qui aura pour effet de lui faire perdre son avantage concurrentiel sur le marché sur lequel il est implanté. Le franchisé pourrait alors suspendre le paiement des redevances sur le fondement de l'article 1220 du Code civil. En dehors du paiement des redevances, le franchiseur pourra par la même occasion mettre à la charge de son franchisé une obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif.

Paragraphe II : La clause d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif

116. Le régime juridique de la clause d'approvisionnement encadré par des dispositions hétéroclites. La clause d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif est indissociable du contrat de franchise. Par une telle clause, le franchiseur impose à son franchisé de s'approvisionner en totalité auprès de lui ou de l'une ses filiales ou d'un fournisseur qu'il aura personnellement agréé⁷⁹⁶. L'obligation d'approvisionnement pourra aussi se matérialiser sous la forme d'un contrat spécifique et distinct du contrat de franchise. Lorsque la clause obligera le franchisé à effectuer plus de 80 % de ses achats annuels de marchandises auprès du franchiseur ou d'un fournisseur agréé, on parlera dans ce cas d'obligation d'approvisionnement quasi-exclusif⁷⁹⁷. A travers cette obligation, le franchiseur cherche à ce que l'ensemble des membres de son réseau propose des produits respectant et présentant tous les mêmes standards de qualité⁷⁹⁸. Le règlement européen en date du 20 avril 2010 assimile la clause d'approvisionnement exclusif à une clause de non-concurrence,

⁷⁹⁶ BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée, 1^{ère} édition, 1997, p. 199 ;

⁷⁹⁷ ARHEL (P.) : « Accord de distribution : droit de la concurrence », Rép. com, n°112 et s.

⁷⁹⁸ GAST (O.) : « Les clauses d'approvisionnement exclusif sous haute surveillance », LPA, 5 mai 1995, n°54, p.13.

puisque le règlement affirme qu'une telle clause se matérialise par une « *obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80% de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume d'achat qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* »⁷⁹⁹. Le droit français a depuis longtemps encadré le régime de la clause d'approvisionnement par l'intermédiaire des articles 1^{er} et 2^{ème} de la loi du 14 octobre 1943 aujourd'hui codifiés aux articles L. 330-1 et L. 330-2 du Code de commerce⁸⁰⁰. L'article L. 330-1 du Code de commerce prévoit qu'est « *limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur* ». La clause d'approvisionnement exclusif peut être facilement assimilée à une stipulation pour autrui lorsque le franchiseur imposera au franchisé de s'approvisionner auprès d'un fournisseur qui est tiers au contrat de franchise⁸⁰¹. Quant à l'article L. 330-2, il précise que « *lorsque le contrat comportant la clause d'exclusivité mentionnée à l'article L. 330-1 est suivi ultérieurement, entre les mêmes parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens, les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prennent fin à la même date que celle figurant au premier contrat* ». Lors de la promulgation de la loi de 1943, la Cour de cassation avait une conception restrictive du champ d'application de ces dispositions et considérait qu'elles n'avaient vocation à s'appliquer qu'aux seuls contrats cadre dans lesquels la clause d'exclusivité constituait l'objet principal⁸⁰². Toutefois, elle a opéré un revirement de sa jurisprudence en considérant que lorsqu'un contrat de franchise contenait une telle clause, la limitation de dix ans s'imposait sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la clause constituait l'élément essentiel ou accessoire du contrat⁸⁰³. De plus, lorsque la période d'exclusivité est arrivée à son terme les parties sont libres de conclure un nouveau contrat

⁷⁹⁹ Règlement UE n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁸⁰⁰ L. n°556 du 14 oct. 1943, JO du 15 oct. 1943, p. 2673.

⁸⁰¹ BOSCO (D.) : « Retour sur les restrictions accessoires stipulées dans les contrats de franchise », CCC n°4, avr. 2018, comm. 75.

⁸⁰² Cass. Com., 27 avr. 1971. D. 1972, p. 353.

⁸⁰³ Cass. Com., 7 avr. 1992, RTD Com. 1993, p. 159.

comportant une durée d'exclusivité identique à celle du contrat initial⁸⁰⁴. La jurisprudence considère que dans une telle situation, les parties ne tentent pas d'obtenir la prorogation du délai initial⁸⁰⁵. Enfin, lorsque le contrat de franchise comporte une clause d'exclusivité dont la durée est supérieure à dix ans, une telle clause n'encourt pas la nullité mais voit simplement sa durée être réduite⁸⁰⁶. Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris est venue préciser que lorsque les parties concluent une succession de contrats de fournitures comportant chacun une clause d'exclusivité, il importe peu que la durée totale de l'exclusivité soit supérieure à dix ans, à condition toutefois que chaque contrat comporte une durée d'exclusivité inférieure au maximum légal⁸⁰⁷. Cependant, le règlement d'exemption de 1988 puis le règlement de 2010 ont posé le principe selon lequel la clause d'exclusivité sera considérée comme une clause noire lorsqu'elle a pour effet d'interdire au franchisé de pouvoir s'approvisionner librement auprès d'autres membres du réseau, à savoir d'autres franchisés⁸⁰⁸. Pour un auteur, cette interdiction présente un double avantage, qui est celui « *de maintenir une libre concurrence et de pouvoir équilibrer les stocks entre les différents points de vente* »⁸⁰⁹. La nullité de la clause ne sera toutefois pas automatiquement prononcée en cas de violation des dispositions issues du règlement d'exemption, puisque ce dernier a seulement pour finalité de se prononcer sur « *la licéité concurrentielle d'un contrat ou d'une clause mais n'affecte pas la validité de celui-ci* »⁸¹⁰. La Cour de justice de l'Union Européenne est venue rappeler ce principe en affirmant, d'une part, qu'un « *règlement n'établissait pas de prescriptions contraignantes affectant directement la validité ou le contenu des clauses (...) mais se limitait à établir les conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à la nullité de l'article 101, §1* »⁸¹¹, et d'autre part que : « *n'est pas nécessairement nul un accord ne remplissant pas les conditions posées*

⁸⁰⁴ Cass. Com., 11 mars 1981, n°79-12.352, D. 1982, p. 108.

⁸⁰⁵ Cass. Com., 21 févr. 1995, n°93-13.302, JCP E 1995 n°461.

⁸⁰⁶ FERRIER (D.) : « Le non-respect de l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur n'est pas, en soi, constitutif d'un dol », D. 1998, p. 334 ; Cass. Com., 1^{er} déc. 1981, Bull. IV, p. 337 ; CA. Toulouse., 4 déc. 1997, Juris-Data n°1997-056215 ; Cass. Com., 10 févr. 1998, n°95-21.906 ; Cass. Conc. 19 mars 1996, n°96-D-16.

⁸⁰⁷ CA. Paris., 2 sept. 2005, Juris-Data n°2005-302043.

⁸⁰⁸ Art. 4 du Règlement UE.

⁸⁰⁹ BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée, 1^{ère} édition, 1997, p. 199 et s.

⁸¹⁰ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La Cour de cassation se prononce sur le caractère justifié d'une clause d'approvisionnement exclusif stipulée dans un contrat de franchise sans tenir compte de la durée de la clause », CCC n°3, mars 2018, comm. 45.

⁸¹¹ CJCE, 18 déc. 1986, aff. C-10/86, VAG France c/ Ets Magne.

par le règlement d'exemption s'il n'est pas établi qu'il a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »⁸¹². L'obligation d'approvisionnement doit permettre au franchiseur de préserver l'harmonie de son réseau en s'assurant que l'ensemble de ses franchisés proposent des services identiques et des produits présentant et respectant les mêmes standards de qualité.

117. La clause d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, indispensable à la préservation de l'identité et à la réputation du réseau. A travers son arrêt *Pronuptia*, l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes s'était prononcée sur la validité de la clause d'approvisionnement en affirmant que « grâce au contrôle exercé par le franchiseur sur l'assortiment offert par le franchisé, le public pourra trouver auprès de chaque franchisé des marchandises de même qualité. Il peut être impraticable dans certains cas, comme dans le domaine des articles de mode, de formuler des spécifications de qualité objectives. Veiller au respect de ces spécifications peut également, en raison du grand nombre de franchisés, entraîner un coût trop élevé. Une clause prescrivant au franchisé de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui, doit dans de telles conditions, être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau ». La jurisprudence européenne reconnaissait ainsi au franchiseur un droit de contrôle sur l'assortiment des produits proposés par le franchisé dans son établissement⁸¹³. Le Conseil de la concurrence a, par ailleurs, dans sa décision dite *Zannier* repris les termes de la décision *Pronuptia*⁸¹⁴. Le règlement d'exemption de 1988 est venu indiquer par la suite qu'une clause d'approvisionnement exclusif insérée au sein d'un contrat de franchise bénéficiera de l'exemption lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications

⁸¹² Cass. Com., 3 déc. 2003, n°02-12.910 ; CCC 2004, comm. 23.

⁸¹³ GAST (O.) : « Les clauses d'approvisionnement exclusif sous haute surveillance », LPA, 5 mai 1995, n°54, p.13.

⁸¹⁴ Cons. Conc., 28 mai 1996, dec. n°96-D-36, dans cette décision le Conseil affirme que : « le franchiseur n'est en droit d'imposer au franchisé de s'approvisionner exclusivement auprès de sa société ou auprès des fournisseurs qu'il aura référencés qu'autant qu'il est prouvé qu'il n'est pas possible, en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications de qualité objective (...). S'agissant des articles de mode, soumis à un renouvellement fréquent, il n'apparaît pas possible que le franchiseur puisse définir et imposer des spécifications qui permettraient d'obtenir l'uniformisation minimale indispensable pour préserver l'identité du réseau de franchise » ; GRIMALDI (C.) : « Pronuptia, 30 ans après ... », LEDICO, 1^{er} mars 2018, n°3, p.1.

objectives de qualité⁸¹⁵. La Cour de cassation a précisé, au travers de son important arrêt *Phildar*, qu'une clause d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif ne sera considérée comme valable que si le franchiseur arrive à démontrer que ladite clause est indispensable à la préservation de l'identité et à la réputation de son réseau⁸¹⁶. Dans le cas contraire, la clause d'approvisionnement sera considérée comme contraire aux dispositions relatives aux ententes et, notamment, à celles de l'article L. 420-1 du Code de commerce d'une part, et, d'autre part, de l'article 101 paragraphe 1^{er} du TFUE⁸¹⁷. Toutefois, la jurisprudence et notamment la Cour de cassation effectuent un contrôle superficiel, c'est-à-dire sans effectuer une analyse factuelle de la situation⁸¹⁸. Ce sont les objectifs de la clause qui sont appréciés pour en apprécier sa validité. Ainsi, une telle clause sera déclarée valable dès lors qu'elle est nécessaire au maintien chez l'ensemble des franchisés d'une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués selon la méthode du franchiseur, uniformité qui est indispensable à la préservation de l'identité du réseau⁸¹⁹. *A contrario*, a été reconnue comme illicite car jugée non indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, la clause qui

⁸¹⁵ Règlement CEE n°4087/88 de la Commission du 30 nov. 1988 concernant l'application de l'art. 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise.

⁸¹⁶ Cass. Com., 10 janv. 1995, Gaz. Pal. 1995, p. 502 ; GAST (O.) : « L'affaire Phildar, ou le nouveau régime juridique des clauses d'approvisionnement exclusif », *D.* 1997, p. 172.

⁸¹⁷ CA. Paris., 3 avr. 2013, Juris-Data n°2013-006467 ; Cass. Com., 16 sept. 2014, n°13-18.710, dans cet arrêt la Cour de cassation rappelle que : « dans le cadre d'un réseau de franchise, la sauvegarde de l'identité du réseau ainsi que la protection du savoir-faire du franchiseur justifient l'exercice par ce dernier d'un certain contrôle sur la politique commerciale des franchisés, qui ne saurait excéder ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de ces objectifs ; qu'en l'espèce, l'obligation d'approvisionnement exclusif ne saurait être validée que si elle s'avère nécessaire à la cohésion du réseau, en raison notamment de la spécificité des marchandises vendues ; que dans le commerce de distribution alimentaire, l'exclusivité d'approvisionnement ne peut viser que les marchandises propres au réseau, qui sont notamment les MDD (produits de marque distributeur) ; que l'objectif du maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau de distribution S permet donc au franchiseur d'exercer un contrôle sur l'approvisionnement du franchisé, en terme d'assortiment minimum dans ses marques propres, permettant de garantir que les clients disposent d'un produit de sa marque, homogène dans l'ensemble des supérettes S ; qu'interdire en revanche tout approvisionnement que ce soit, même en marques nationales, auprès de centrales d'achat concurrentes, produits qui ne se distinguent absolument pas les uns des autres selon le grossiste vendeur, sauf par les prix, s'avère totalement disproportionné à la défense des intérêts légitimes du franchiseur, et constitue une clause anticoncurrentielle, car elle n'est pas proportionnée aux nécessités de la protection du savoir-faire, du réseau et de la défense des intérêts légitimes du franchiseur ; qu'elle vise, en réalité, à se garantir l'approvisionnement intégral du magasin S aux prix déterminés par C et empêche le franchisé de bénéficier de prix plus intéressants ; que ces objectifs sont étrangers à la protection des intérêts légitimes du franchiseur, mais ont pour effet de porter une atteinte illégitime à la liberté du franchisé d'exercer son commerce dans des conditions normales ; que, par suite, ces obligations sont contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce » ; BOSCO (D.) : « Retour sur les restrictions accessoires stipulées dans les contrats de franchise », CCC n°4, Avril 2018, comm. 75.

⁸¹⁸ POILLOT-PERUZZETTO (S.) : « Accord de franchise. Clause d'approvisionnement exclusif », RTD Com. 2000, p. 257.

⁸¹⁹ Cass. Com., 20 déc. 2017, n°16-20.500, JurisData n°2017-026613.

imposait au franchisé de s'approvisionner en matériel informatique⁸²⁰, en caisses enregistreuses, en imprimantes ou encore en supports publicitaires auprès d'un seul fournisseur⁸²¹, ou encore la stipulation qui imposait un fournisseur unique au franchisé afin d'acquérir du matériel, certes nécessaire à son activité, mais qu'il aurait pu acquérir chez un autre fournisseur à un prix inférieur⁸²². L'obligation d'approvisionnement exclusif ne profite toutefois pas qu'au seul franchiseur. En effet, à travers cette clause, ce dernier cherche à minimiser les risques qu'un franchisé, de manière isolée et sans raison, vienne à commercialiser des produits d'une autre enseigne, ce qui aurait pour effet de porter atteinte à la réputation de la marque et par ricochet à l'ensemble des franchisés du réseau⁸²³. Encore faut-il, pour qu'elle soit valable et donc pleinement efficace, que, dans son contenu, la clause d'approvisionnement soit suffisamment précise.

118. Le contenu de la clause d'approvisionnement exclusif insérée au sein du contrat de franchise. Conformément au principe consacré par le nouvel article 1163 du Code civil, le franchiseur devra déterminer précisément dans la clause d'approvisionnement la quantité et la qualité des produits que le franchisé devra acquérir auprès de lui ou d'un autre fournisseur⁸²⁴. Ainsi, la clause par laquelle le franchiseur contraint son franchisé à acquérir la totalité de sa collection ne saurait être considérée comme valide faute pour le franchiseur d'avoir déterminé avec précision la quantité et la qualité de produits, objets de l'obligation d'approvisionnement⁸²⁵. La solution sera identique lorsque le franchiseur modifiera annuellement la liste des articles que le franchisé devra acquérir⁸²⁶. Le franchiseur en sa qualité de fournisseur ne peut se réserver la possibilité de pouvoir déterminer ou modifier unilatéralement les produits rentrant dans le champ de l'exclusivité⁸²⁷. *A contrario*, sera pleinement valable la clause dans laquelle « *les choses à vendre et à acheter ont été*

⁸²⁰ Cons. Conc., 18 juin 1997, n°97-D-48 ; MAROT (Y.) : « Franchise et droit de la concurrence (à propos de la décision du Conseil de la Concurrence du 18 juin 1997 », LPA, 27 nov. 1998, n°142, p.20.

⁸²¹ Cons. Conc., 28 mai 1996, n°96-D-36 ; CA. Paris., 18 mars 1997, JurisData n°1997-023957.

⁸²² Cons. Conc., 24 juin 1997, n°97-D-51.

⁸²³ GAST (O.) : « Les clauses d'approvisionnement exclusif sous haute surveillance », LPA, 5 mai 1995, n°54, p.13.

⁸²⁴ BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée, 1^{ère} édition, 1997, p. 201 et s.

⁸²⁵ CA. Paris., 14 juin 1984, JCP E, 1985, p. 14593.

⁸²⁶ CA. Paris., 19 mai 1988, Gaz. pal. 1988, p. 665.

⁸²⁷ DROSS (W.) : « *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », Litec, 2^{ème} ed. 2011, p. 56.

fixées dans leur espèce et le cas échéant leur marque et leur conditionnement dans l'annexe du contrat »⁸²⁸. Quant à la question du prix des produits rentrant dans le périmètre de l'obligation d'approvisionnement, il n'a pas à être fixé de manière définitive. En effet, le contrat de franchise qui n'est rien d'autre qu'un contrat cadre, pourra prévoir que le prix de ses marchandises sera fixé postérieurement et unilatéralement par le franchiseur. De plus, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait admis que « *la clause du contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat* »⁸²⁹. Le nouvel article 1164 du Code civil consacre d'ailleurs cette jurisprudence en affirmant que « *dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». Cependant, la réforme laisse un certain nombre d'interrogations en suspend dont notamment celle relative aux conséquences de l'absence d'une telle clause au sein du contrat cadre et par conséquent de franchise⁸³⁰. Le juge ne pourra en aucune façon fixer lui-même le prix, puisque la jurisprudence s'y est toujours opposée. Le contrat ne sera pas nul pour autant dans la mesure où la détermination du prix ne constitue pas une condition de validité à proprement parler. Le fournisseur ne pourra fixer unilatéralement le prix que si les parties ont, au sens de l'article 1164, convenu qu'il disposerait d'un tel pouvoir, ce qu'avait déjà exigé la Cour de cassation à travers ses arrêts *Alcaltel*⁸³¹. Certains auteurs proposent, entre autres, d'insérer dans le contrat de franchise différentes clauses afin de déterminer le prix de l'obligation d'approvisionnement. Concrètement, le franchiseur pourra insérer dans le contrat, une clause dite de prix de marché⁸³², une clause de l'offre concurrente⁸³³, une clause de référence au

⁸²⁸ BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée, 1^{ère} édition, 1997, p. 205.

⁸²⁹ Cass., ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-19.653 ; FERRIER (D.) : « La clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat », *D.* 1997, p. 59 ; AYNES (L.) : « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *D.* 1996, p. 13

⁸³⁰ CHENEDE (F.) : « *Le nouveau droit des obligations et des contrats* », 2^{ème} éd. Dalloz, 2019-2020, n°123.231

⁸³¹ Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21009 et n°92-16267 (2 arrêts).

⁸³² Cass. Com., 11 oct. 1978 n°77-10.155, 77-11.624, 77-11.485, *D.* 1979, p. 135.

⁸³³ D'HARCOURT (P.) : « L'indétermination du prix dans les contrats de distribution : évolutions aux Palais, révolution à la Cour », *JCP E* n°1, 4 janv. 1996.

coût de revient⁸³⁴, une clause à dire d'expert⁸³⁵, une clause de référence au prix moyen pratiqué par quatre concurrents⁸³⁶ ou enfin une clause au prix catalogue⁸³⁷. Malgré le principe de l'effet relatif des contrats, le tiers complice de la violation de l'obligation d'approvisionnement pourra être condamné solidairement avec le franchisé à réparer le préjudice subi par le franchiseur⁸³⁸. Ainsi la Cour d'appel de Besançon a prononcé une telle condamnation dans une espèce où une société spécialisée dans la livraison de boissons, avait fourni pendant des années le franchisé, alors qu'elle avait connaissance de l'existence de l'obligation d'achat exclusif contracté par celui-ci au profit du franchiseur. Pour la Cour d'appel en agissant de la sorte, la société spécialisée a « *sciemment aidé le franchisé à transgresser ses engagements contractuels et s'est donc comportée comme un tiers complice, engageant ainsi sa responsabilité civile vis-à-vis du franchiseur sur le fondement de l'article 1382 du code civil* »⁸³⁹. L'obligation d'approvisionnement doit donc aider le franchisé à réitérer le savoir-faire en ayant à sa disposition des produits identiques à ceux commercialisés au sein des établissements exploités directement par le franchiseur ou par les autres franchisés du réseau. Pour le franchiseur, ladite obligation lui permettra de préserver l'harmonie de son réseau ainsi que sa notoriété qui sont tout simplement indispensables au renforcement de sa position au sein de l'environnement concurrentiel.

⁸³⁴ CA. Paris., 4 oct. 1991, JurisData n°024005.

⁸³⁵ CA. Paris., 28 juin 1993, JCP E, 1994, n°310.

⁸³⁶ Cass. Com., 22 févr. 1994, RJDA 1994, n°509, p. 401.

⁸³⁷ Cass. Com., 30 juin 1992, D. 1992, p. 391 ; Cass. Com. 12 janv. 1988, Bull. civ. 1988, IV, n°31.

⁸³⁸ ANCELIN (O.) et D'HARCOURT (M.): « Violation d'un contrat d'approvisionnement exclusif : condamnation in solidum d'un tiers concurrent » AJCA 2016, p. 209.

⁸³⁹ CA. Besançon., 5 janv. 2016, n°14-01162.

CONCLUSION CHAPITRE 2

Tout comme l'obligation d'émission du savoir-faire qui incombe au franchiseur, le franchisé est également tenu à un certain nombre d'obligations essentielles au premier rang desquelles figure l'obligation de réception de ce savoir-faire. Cette obligation apparaît plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. En effet, elle ne saurait être résumée à la seule présence du franchisé aux stages de formation dispensés par le franchiseur. Elle implique aussi que le franchisé exploite à son tour l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire afin de réitérer et d'amplifier la réussite commerciale de son franchiseur. Le franchisé sera donc tenu, pendant toute la période d'exécution, d'utiliser personnellement l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire en prenant soin de respecter scrupuleusement les normes d'exploitation élaborées par le franchiseur et regroupées au sein du manuel opératoire.

L'impératif de réitération du savoir-faire conjugué à la préservation de l'harmonie et à la réputation du réseau, imposent que le franchiseur soit en mesure de contrôler le respect par le franchisé du savoir-faire transmis. Cependant, le franchiseur devra veiller dans l'exercice de ses contrôles à ne pas porter atteinte à l'indépendance de son franchisé sous peine de voir ce dernier invoquer les dispositions du Code du travail afin d'obtenir une requalification du contrat de franchise. En effet, l'indépendance du franchisé ne peut être limitée qu'en raison « *d'impératifs liés à l'organisation et au fonctionnement du réseau* »⁸⁴⁰.

Quant au franchisé, il s'engage par ailleurs à s'acquitter de plusieurs redevances qui constituent la contrepartie de la transmission et de l'utilisation du savoir-faire ainsi que de l'assistance fournie par le franchiseur tout au long de leur relation contractuelle. Le franchiseur mettra à la charge de son franchisé une obligation d'approvisionnement qui n'est pas destinée à protéger le savoir-faire, mais à lui permettre de s'assurer que son franchisé propose bien, d'une part, des produits répondant aux standards de qualité, et, d'autre part, des produits et des services identiques à ceux commercialisés dans l'ensemble du réseau.

⁸⁴⁰ PIHERY (R.) : « L'appréhension des accords de réseau par le droit social : pour une reconnaissance des spécificités de la franchise », AJCA 2016, p. 11.

CONCLUSION TITRE 2

La réitération de la réussite commerciale du franchiseur par l'intermédiaire de l'exploitation de son savoir-faire constitue la finalité même du contrat de franchise. Il en découle que ce contrat met à la charge du franchiseur et du franchisé des obligations réciproques axées, d'une part, sur la transmission du savoir-faire, et, d'autre part, sur la réception et donc l'exploitation de ce savoir-faire

Du côté du franchiseur, les obligations sont nombreuses et hétéroclites. En amont de la signature du contrat, le franchiseur devra veiller à vérifier qu'il est bien titulaire d'un réel savoir-faire. A défaut, la validité même du contrat de franchise serait compromise. Par la suite, le franchiseur se doit d'émettre son savoir-faire à destination de son franchisé puisque l'émission du savoir-faire constitue une obligation essentielle du contrat de franchise. Il est donc impératif que le franchiseur organise de manière méthodique au sein du contrat les modalités de transmission. La transmission du savoir-faire constitue une obligation de résultat pour le franchiseur. En effet, à défaut de transmission le franchisé pourra demander la nullité ou la résolution du contrat. Lors de la formation initiale, le franchiseur devra veiller à ce que les éléments constitutifs de son savoir-faire soient parfaitement assimilés et maîtrisés par son franchisé. Pour cela, il pourra soumettre ce dernier à un examen venant sanctionner sa maîtrise et ses connaissances. A défaut de réussite à cet examen, le franchiseur pourra soit, lui demander de participer de nouveau à une session de formation, soit lui notifier la résiliation du contrat de franchise pour faute grave. Par ailleurs, la transmission du savoir-faire par le franchiseur n'est pas cantonnée à la seule période de la formation initiale. En effet, l'obligation de transmission constitue une obligation à exécution successive. Par le biais de la formation continue, le franchiseur pourra diffuser à l'ensemble des membres du réseau les innovations qu'il aura apporté au savoir-faire et au concept de manière plus générale.

Du côté du franchisé, le contenu et l'étendue de ses obligations contractuelles découlent directement de la transmission du savoir-faire. Le franchisé devra, avant toute chose,

réceptionner le savoir-faire, réception qui passera par sa maîtrise des éléments constitutifs du savoir-faire. C'est d'ailleurs sa maîtrise et sa capacité à pouvoir exploiter le savoir-faire qui lui permettront de réitérer la réussite commerciale de son franchiseur. Le franchisé ne dispose d'aucune liberté quant à l'utilisation du savoir-faire, puisqu'il doit se borner à l'utiliser en respectant les normes figurant au sein du manuel opératoire. D'ailleurs, le franchiseur effectuera des visites périodiques au sein de l'établissement du franchisé afin de contrôler le respect de ces normes. En cas de manquements constatés par le franchiseur, le contrat de franchise pourra être résolu aux torts exclusifs du franchisé. Le contrat de franchise ne se contente pas de faire peser sur la personne du franchisé une seule obligation relative à la réitération du savoir-faire. En effet, la réception du savoir-faire a pour effet de soumettre le franchisé à d'autres obligations qui sont la conséquence directe de cette réception. Le contrat de franchise étant un contrat à titre onéreux, le franchisé devra s'acquitter d'une redevance forfaitaire initiale mais aussi de redevances périodiques. Ainsi, la redevance initiale où droit d'entrée, correspond à une somme forfaitaire que le franchisé doit s'acquitter dès la signature du contrat afin de pouvoir intégrer le réseau mais surtout pour avoir accès au éléments constitutifs du savoir-faire. De plus, le franchisé devra s'acquitter de redevances périodiques d'exploitation qui sont la contrepartie des avantages qui lui sont procurés tout au long de la période d'exécution du contrat de franchise. Outre les redevances financières, le franchisé sera tenu à une obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif à l'égard du franchiseur. Cette obligation a pour finalité de préserver l'harmonie et l'identité du réseau, en obligeant l'ensemble des franchisés à disposer des mêmes produits au sein de leurs établissements respectifs.

CONCLUSION PREMIÈRE PARTIE

A l'instar de l'obligation d'assistance, ou de la mise à disposition de signes distinctifs, le savoir-faire constitue un des éléments essentiels du contrat de franchise à plus d'un titre. En effet, il constitue un critère de qualification de ce contrat, ainsi que de distinction de ce dernier au sein de la catégorie des contrats de distribution et d'affaires. Pour autant, et en dépit de son importance, ni le législateur français, ni « *le droit de la franchise* » n'ont pris le soin de définir la notion de savoir-faire propre à la franchise.

Dès l'apparition de la franchise comme mode de distribution en Europe, une conception classique du savoir-faire a vu le jour sous l'impulsion des instances communautaires, mais aussi des jurisprudences européenne et nationale. De cette conception, il résulte qu'un savoir-faire regroupe un ensemble d'informations à la fois secret, substantiel et identifié. La notion de secret renvoie à l'idée selon laquelle les informations doivent être, non pas inconnues du public mais difficiles d'accès pour les tiers au réseau. Elles devront être, par la même occasion substantielles, c'est-à-dire se révéler utiles au franchisé afin de lui procurer un avantage concurrentiel sur le marché sur lequel il s'implantera. Enfin, les informations transmises seront identifiées et retranscrites au sein d'un manuel opératoire ou d'un cahier des charges qui sera remis au franchisé lors de la formation initiale.

Toutefois, si le triptyque qui fonde la conception classique du savoir-faire est indispensable, il ne reflète qu'imparfaitement les exigences jurisprudentielles relative au savoir-faire ainsi que la pratique actuelle de la franchise, d'où l'émergence d'une conception moderne du savoir-faire. Aujourd'hui, il est en outre, nécessaire que les informations transmises soient éprouvées, évolutives et rentables.

En effet, le franchiseur ne peut transmettre à son franchisé qu'un savoir-faire qu'il a testé et éprouvé au préalable. Par ailleurs, les informations transmises doivent être évolutives afin de pouvoir adapter le savoir-faire et le concept aux mutations qui affectent l'environnement concurrentiel. Il s'agit, à travers les évolutions apportées au savoir-faire, de faire perdurer

l'avantage concurrentiel accordé au franchisé du fait de la transmission du savoir-faire. Enfin, le savoir-faire doit permettre au franchisé d'exercer une activité qui soit viable économiquement. Il s'agit de l'un des motifs d'adhésion du franchisé et le franchiseur se devra de démontrer lors de la phase de négociations, que l'exploitation de son savoir-faire permet de générer des profits.

Ainsi, dans sa conception moderne, le savoir-faire est un ensemble d'informations résultant de l'expérience et de la réussite commerciale du franchiseur, ensemble qui doit, à la fois, être secret, identifié, substantiel, évolutif et rentable.

Si le savoir-faire constitue un élément essentiel du contrat de franchise, c'est également en raison du fait qu'il est à l'origine de la réciprocité existante entre l'obligation d'émission du savoir-faire par le franchiseur et l'obligation de réception du savoir-faire qui incombe au franchisé.

L'obligation d'émission consiste pour le franchiseur à transmettre à son franchisé l'ensemble des éléments constitutifs de son savoir-faire. A défaut, le franchisé pourra obtenir la nullité ou la résolution du contrat de franchise ainsi que des dommages et intérêts en réparation de son préjudice subi. La transmission du savoir-faire se matérialisera par la formation du franchisé au maniement et à la maîtrise du savoir-faire. Cette transmission aura lieu peu de temps après la signature du contrat de franchise lors des sessions de formations dites initiales dispensées par le franchiseur à son nouveau franchisé. Mais l'émission du savoir-faire à destination du franchisé n'est pas instantanée et limitée à la seule formation initiale. Elle constitue une obligation à exécution successive puisque le franchiseur transmettra pendant toute la durée du contrat les évolutions apportées au savoir-faire. Le franchiseur assurera aussi la police au sein du réseau, puisqu'il veillera à ce que ses franchisés respectent à la lettre les indications et recommandations présentes au sein du manuel opératoire ainsi que les techniques enseignées. En cas de manquement, le franchiseur pourra notifier à son franchisé la résolution du contrat de franchise pour faute grave.

Pendant de l'obligation d'émission, le franchisé est tenu quant à lui à une obligation de réception du savoir-faire. C'est là, l'une des conditions essentielles de sa future réussite. La

réception du savoir-faire par le franchisé est au demeurant une obligation assez complexe. En effet, le franchisé se doit de mettre en œuvre ses qualités personnelles afin de pouvoir maîtriser le savoir-faire à la fin de la session de formation. Cependant, le fait que le franchisé maîtrise les éléments constitutifs du savoir-faire ne lui confère pas pour autant une liberté totale dans l'utilisation du savoir-faire. Il se doit de respecter l'ensemble des règles et des instructions présentes dans le manuel opératoire sous peine, d'une part, de ne pas atteindre la réussite commerciale espérée, et d'autre part, de voir le franchiseur résilier le contrat de franchise.

L'émission tout comme la réception du savoir-faire sont conditionnées au paiement par le franchisé d'une redevance forfaitaire appelé dans la pratique un droit d'entrée. Par ailleurs, la réception du savoir-faire entraîne automatiquement pour le franchisé l'obligation de s'acquitter d'un certain nombre de redevances périodiques. Ces redevances trouvent leurs contreparties dans les avantages et autres services accordés par le franchiseur à son franchisé. Enfin, le franchisé sera tenu à une obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif dont l'objectif est de permettre au franchiseur de veiller à ce que l'ensemble des franchisés de son réseau propose des produits ou de services de qualité identique.

SECONDE PARTIE : La réservation du
savoir-faire, un enjeu majeur pour le
franchiseur

*« Dire le secret d'autrui est une trahison,
dire le sien est une sottise »,*

François Marie Arouet, dit VOLTAIRE⁸⁴¹

119. La difficile protection du savoir-faire en raison de sa nature juridique particulière. Le savoir-faire propre à un réseau de franchise est considéré comme un bien immatériel qui, par définition, est insusceptible d'appropriation au sens juridique du terme⁸⁴². Pour reprendre une formule employée par certains auteurs : *« la nature du savoir-faire explique que l'on ne puisse pas recourir aux mécanismes de l'appropriation pour assurer sa réservation. Le savoir-faire, en effet, est un bien économique puisqu'il représente une valeur. Ce n'est pas un bien juridique, c'est-à-dire un élément susceptible d'appropriation »*⁸⁴³. Autrement dit, le franchiseur ne dispose pas d'un droit de propriété sur son savoir-faire, ce qui a pour effet de rendre sa protection particulièrement difficile. Toutefois, le franchiseur se doit de prendre toutes les mesures qui s'imposent afin que l'exploitation du savoir-faire soit réservée aux seuls franchisés de son réseau⁸⁴⁴. Pendant longtemps, le caractère secret et l'exigence de confidentialité qui en découle sont apparus comme les seuls moyens d'appropriation et de protection efficaces dans la mesure où ils permettent de préserver la valeur commerciale du savoir-faire, mais aussi pour assurer la pérennité économique du réseau⁸⁴⁵. La réservation, autrement dit la protection du savoir-faire par le franchiseur, est ainsi assurée non pas au moyen d'une règle juridique classique qu'est le droit de propriété, mais par le biais d'une situation purement factuelle reposant sur

⁸⁴¹ Cité par LAPOUSTERLE (J.) : « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », *D.* 2014, p. 682.

⁸⁴² BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », *AJ contrat* 2015, p. 346 ; GALLOUX (J.-C.) : « La protection du savoir-faire », *RTD. Com.* 2007, p. 529.

⁸⁴³ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réservation du savoir-faire », *JCl. Brevets*, Fasc. 4200, n°1.

⁸⁴⁴ CHARTIER (F.) : « *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise* », Thèse, Montpellier I, 2002, n°405 et s.

⁸⁴⁵ BINCTIN (N.) : « L'apport en société de savoir-faire », *AJ contrat* 2015, p. 355.

l'impératif de secret et l'exigence de confidentialité entourant le savoir-faire du franchiseur⁸⁴⁶. Toutefois, le secret et la confidentialité permettront de protéger le savoir-faire de façon illimitée dans le temps à la seule et unique condition que les éléments constitutifs du concept du franchiseur ne soient ni révélés au public⁸⁴⁷, ni découverts par un réseau concurrent, sous peine de faire perdre au savoir-faire toute valeur marchande⁸⁴⁸. Or, le contrat de franchise impose au franchiseur de transmettre un savoir-faire, l'obligeant ainsi à révéler les éléments constitutifs de son concept au franchisé, éléments qui sont pourtant couverts par l'impératif de secret. En raison de l'absence de régime juridique protecteur propre au savoir-faire, le caractère secret est longtemps apparu comme le moyen le plus efficace afin de protéger le savoir-faire d'un réseau⁸⁴⁹. La transposition en droit français de la directive européenne du 8 juin 2016⁸⁵⁰ par la création au sein du Livre Ier du Code de commerce d'un Titre V intitulé : « *de la protection des secrets d'affaires* » apporte quelques innovations⁸⁵¹, mais ne devrait toutefois pas révolutionner la manière dont les franchiseurs protègent leurs savoir-faire⁸⁵². Malgré l'impossibilité pour le franchiseur de revendiquer un droit de propriété sur son savoir-faire, celui-ci n'est pas pour autant démuné, dans la mesure où il peut puiser dans de nombreux mécanismes juridiques, des outils lui permettant de protéger au mieux son savoir-faire⁸⁵³. L'analyse de ces différents outils permet de mettre en évidence que la protection du savoir-faire peut s'effectuer en amont de sa transmission afin de prévenir une quelconque atteinte. Le franchiseur pourra donc recourir à un certain nombre de techniques contractuelles mais fera également appel à différents outils issus du droit de la propriété intellectuelle afin de protéger de manière préventive son savoir-faire (**Titre 1**). Toutefois, la protection du savoir-faire est aussi assurée après sa transmission. Le franchiseur pourra invoquer des dispositions civiles et pénales dans l'optique, d'une part, d'obtenir la

⁸⁴⁶ LARRIEU (J.) : « Le savoir-faire de la sage-femme », PI n°5, mai 2010, comm.33

⁸⁴⁷ GAUMONT-PRAT (H.) : « *Droit de la propriété intellectuelle* », Litec, 2^e éd., n°397, 2009, p. 153.

⁸⁴⁸ PFEIFER (M.) : « La protection des secrets techniques », LPA, n°226-227, p. 55, 14 nov. 2016.

⁸⁴⁹ MOUSSERON (J-M.) : « Secrets et contrats – de la fin de l'un à la fin de l'autre », in *Mélanges Jean Foyer*, 1997, PUF, p. 257.

⁸⁵⁰ Directive (UE) n°2016/943 du 8 juin 2016 relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁸⁵¹ DELPECH (X.) : « Une proposition de loi visant à transposer la directive secrète des affaires », AJ contrat 2018, p. 100 ; GARINOT (J-M.) : « La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives », LexisNexis 2015, coll. CERDINI, vol. 44.

⁸⁵² HAAS (G.), FALCONIERI (E.), O'RORKE (W.) : « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », IP/IT 2017, p. 313

⁸⁵³ BERLIOZ (P.) : « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », RTD com. 2012, p. 263.

condamnation de l'auteur de l'atteinte à son savoir-faire, et d'autre part, de se voir allouer des dommages et intérêts en guise de réparation du préjudice subi (**Titre 2**).

Titre 1 : Les techniques préventives permettant la protection du savoir-faire

120. Plan. Aux yeux du franchisé, l'importance et l'attractivité du réseau du franchiseur résultant de l'exploitation du savoir-faire constituent des motifs de son adhésion au contrat de franchise⁸⁵⁴. Afin de protéger la valeur marchande du savoir-faire et ainsi garantir la pérennité économique à son réseau, le franchiseur doit mettre en place, avant même de transmettre son savoir-faire, toute une série de mesures visant à prévenir toute atteinte à son concept. Le contrat de franchise constitue ainsi un outil de protection puisque le franchiseur pourra y incorporer toute une série de clauses⁸⁵⁵ permettant de protéger les éléments constitutifs de son savoir-faire⁸⁵⁶, mais il pourra aussi utiliser certaines règles issues de la théorie générale du droit des contrats pour compléter la protection offerte par le contrat (**Chapitre 1**). Si le contrat occupe une place prépondérante dans la protection dite préventive du savoir-faire, le franchiseur pourra, dans une moindre mesure, faire appel aux différents mécanismes issus du droit de la propriété industrielle ainsi que du droit de la propriété littéraire et artistique (**Chapitre 2**).

⁸⁵⁴ REVET (T.) : « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, p. 1771.

⁸⁵⁵ INFOREG : « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », *Cah. dr. entr.*n°5, sept. 2008, prat. 20.

⁸⁵⁶ SASSOLAS (D.) : « La durée des clauses de confidentialité », *RTD Com.* 2015, p. 625 ; LEGEAIS (D.) : « La franchise », *JCP N*, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

Chapitre 1 : La protection du savoir-faire assurée par le contrat

121. Le contrat, un outil incontournable dans la protection du savoir-faire du franchiseur. Outre la définition qu'elle donne de la franchise, l'ancienne Cour de Justice de la Communauté Européenne a eu l'occasion d'affirmer dans son célèbre arrêt *Pronuptia*, que la franchise en tant que mode de distribution ne peut fonctionner que si deux conditions sont réunies : « *premièrement, le franchiseur doit pouvoir communiquer aux franchiseés son savoir-faire et leur apporter l'assistance voulue pour les mettre en mesure d'appliquer ses méthodes, sans risquer que ce savoir-faire et cette assistance profitent, ne serait-ce qu'indirectement, à des concurrents (...). Deuxièmement, le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne* »⁸⁵⁷. Préalablement à la communication du savoir-faire à son franchiseé, il est primordial que le franchiseur s'assure d'avoir pris les dispositions nécessaires permettant d'assurer la protection de son savoir-faire aussi bien pendant les négociations du contrat de franchise que dans l'hypothèse où le franchiseé viendrait à céder sa position contractuelle à un tiers (**Section I**). Par ailleurs, la protection du savoir-faire conduira le franchiseur à insérer au sein du contrat de franchise tout un arsenal de clauses⁸⁵⁸ visant à assurer la protection du savoir-faire aussi bien pendant la phase d'exécution du contrat de franchise que pendant la période dite post-contractuelle (**Section II**).

⁸⁵⁷ CJCE, 28 janv. 1986, 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, Hamburg*

⁸⁵⁸ GRIMALDI (C.) : « De quelques précisions relatives à la validité des clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-réaffiliation », RDC n°1, p. 70 ; GRIMALDI (C.) : « Pronuptia, 30 ans après ... », LEDICO, mars 2018, n°03, p. 1.

Section I : La protection du savoir-faire lors de la négociation et de la cession du contrat de franchise

122. Plan. La valeur marchande du savoir-faire repose sur une exigence de secret. En effet, par définition, les éléments constitutifs du savoir-faire ne sont connus que par un cercle réduit de personnes. Or, pour pouvoir tirer profit de son savoir-faire, le franchiseur sera tenu de le commercialiser par le biais d'une transmission à ses franchisés. Le risque est donc réel pour le franchiseur notamment au cours de la phase de négociation de dévoiler une partie des éléments constitutifs de son savoir-faire à un candidat franchisé qui dans la réalité serait animé par un tout autre dessein que celui de rejoindre son réseau. Il est donc impératif que ce dernier s'assure avant de révéler les spécificités de son savoir-faire⁸⁵⁹, que le futur franchisé accepte de ne jamais communiquer à un tiers les informations dont il aura pris connaissance au cours de cette période, mais également de ne pas exploiter personnellement le savoir-faire en cas d'échec des négociations (**Paragraphe I**). Par ailleurs, le franchiseur doit veiller à prendre toutes les dispositions qui s'imposent en cas d'une éventuelle cession du contrat de franchise, sous peine de voir les éléments constitutifs du savoir-faire tombés entre les mains d'un réseau concurrent (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : La protection du savoir-faire pendant la phase de négociation du contrat de franchise

123. Les négociations, une période à haut risque pour le franchiseur. L'exigence de confidentialité, qui entoure les composantes du savoir-faire, semble, à première vue, être aux antipodes de la vocation première des négociations contractuelles, qui réside dans l'échange d'informations plus ou moins essentielles sur le contenu de la prestation future⁸⁶⁰. Transposées aux spécificités du contrat de franchise et notamment de son savoir-faire, les négociations se matérialisent par l'adoption, de la part du franchiseur, d'une démarche mercantile dont l'objectif premier est la promotion de son concept. Ainsi,

⁸⁵⁹ HAAS (G.) : « Les enjeux et protection de la confidentialité dans les opérations IP/IT », IP/IT. 2017, p. 311

⁸⁶⁰ SIMON (F-L.) : « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23

le franchiseur se voit contraint de communiquer au futur franchisé un certain nombre d'informations stratégiques et sensibles qui touchent, de près ou de loin, au savoir-faire⁸⁶¹. Une telle attitude de la part du franchiseur n'est pas inconsciente, mais bien cohérente, car elle seule permettra au candidat franchisé de s'engager, en ayant apprécié pleinement le contenu et la qualité de la méthode qui lui est proposée. Toutefois, si le franchiseur voit, en la personne du candidat, un potentiel franchisé, il n'est pas immunisé contre le risque de se retrouver confronté à un individu animé par un dessein caché, celui de s'approprier de manière frauduleuse son savoir-faire. Face à ce risque, les praticiens voient dans la signature du contrat dit de réservation, la solution permettant de concilier à la fois protection et promotion du concept⁸⁶². La signature d'un tel contrat permet de définir les droits et obligations des parties au cours de la phase des pourparlers. Le franchiseur devra s'abstenir de consentir à tout autre candidat l'ouverture d'une enseigne dans la zone attribuée au futur franchisé. Ce dernier, sera, quant à lui, tenu de respecter, en raison de la présence d'une clause en ce sens, une obligation de confidentialité⁸⁶³, obligation qui se retrouvera dans le contrat de franchise⁸⁶⁴, associée quasi systématiquement à une obligation de non-concurrence⁸⁶⁵. En l'absence d'un tel avant-contrat, le franchiseur ne se retrouvera pas démuné pour autant face à un éventuel comportement frauduleux de la part du candidat franchisé. Si, pendant longtemps, aucune règle n'est venue fixer un cadre juridique à cette période, la jurisprudence a toutefois eu recours à la notion de bonne foi. Le Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la réforme du droit des contrats, venait limiter le champ d'application de l'exigence de bonne foi à la seule exécution du contrat⁸⁶⁶. Mais, sous l'influence de la jurisprudence et de la doctrine, ce dernier a sensiblement été élargi. Pour reprendre l'expression d'un auteur, la bonne foi est devenue une notion omniprésente en droit des contrats, à tel point, qu'elle viendrait en quelque sorte irradiée l'ensemble du processus contractuel⁸⁶⁷. D'ailleurs, bien avant la consécration d'un tel principe au sein du

⁸⁶¹ SIMON (F-L.) : « Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi », LPA, 22 juill. 2009, n°145, p.8.

⁸⁶² GRIGNON (P.) : « Distribution », Rép. com, juin 2016, n°80 et s.

⁸⁶³ LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 juill. 1992, 100982.

⁸⁶⁴ V. *infra* n°150

⁸⁶⁵ V. *infra* n°142

⁸⁶⁶ Art. 1134 al. 3 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ord. du 10 févr. 2016 : « Elles (conventions) doivent être exécutées de bonne foi ».

⁸⁶⁷ MAZEAUD (D.) : « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », LPA, 7 mai 2004, n°92, p. 47.

Code civil⁸⁶⁸, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'affirmer, qu'au cours des négociations, le distributeur est tenu par une obligation de bonne foi à l'égard du fournisseur. Cela implique que tout manquement de sa part est susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle⁸⁶⁹. Appliquée aux accords de franchise, et, étant donné l'importance des informations qui sont dévoilées au cours de cette phase, l'impératif de bonne foi fait naître, du côté du franchisé, aussi bien un devoir de loyauté⁸⁷⁰, qu'un devoir de confidentialité⁸⁷¹. Au final, la notion de bonne foi a été surtout utilisée par la jurisprudence comme un correctif des différentes lacunes des dispositions spéciales adoptées en vue de protéger le franchisé. Ainsi, le mécanisme d'information précontractuelle, instauré par la loi Doubin et aujourd'hui codifié au sein même du Code de commerce, n'impose une série d'obligations qu'à l'égard du seul franchiseur⁸⁷², ce qui laisserait à penser que le franchisé serait affranchi de toutes obligations de quelque nature que ce soit.

124. L'incidence du nouvel article 1112-2 du Code civil sur la protection du savoir-faire lors de la négociation du contrat de franchise. Si le nouvel article 1104 du Code civil consacre l'idée exposée précédemment selon laquelle la bonne foi vient irradier l'ensemble du processus contractuel, y compris durant les négociations, il convient toutefois de noter que la réforme contient une innovation à l'article 1112-2 du Code civil⁸⁷³. Conscient des risques liés à la communication d'informations sensibles au cours de la phase de négociations des accords industriels et de distribution notamment de franchise, le législateur tente de protéger ces informations en prévoyant que « *celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». Dans sa rédaction, l'article 1112-2 du Code civil semble avoir été grandement influencé par les différents projets de réforme⁸⁷⁴

⁸⁶⁸ CRESSARD (B.) : « Contrat de franchise et bonne foi », AJ contrat 2017, p. 163

⁸⁶⁹ Cass. Com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n°93 ; RTD Civ. 1972, p. 779, note G. Durry.

⁸⁷⁰ HOUTCIEFF (D.) : « La rupture non fautive des négociations ou l'accord sur le désaccord », Gaz. pal. 26 avril 2016, n°16.

⁸⁷¹ SIMON (F-L.) : « Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi », LPA, 22 juill. 2009, n°145, p.8.

⁸⁷² RIERA (A.) : « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats ? », AJ contrat 2017, p. 155.

⁸⁷³ JAOUEN (M.) : « Négociations et obligation de confidentialité », AJ contrat 2016, p. 275.

⁸⁷⁴ Art. 25 du projet Terré : « *Indépendamment de toute rupture, l'utilisation non autorisée d'une information confidentielle obtenue à l'occasion de négociations ouvre droit à réparation dans les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle* » ; Art. 2-1.16 des principes UNIDROIT.

ainsi que par certaines solutions jurisprudentielles. En effet, la Haute juridiction avait déjà rendu une intéressante décision au sujet de l'action en concurrence déloyale en précisant que cette action permet notamment à une personne titulaire des informations communiquées au cours des négociations, d'obtenir la condamnation de son partenaire, lorsque celui-ci s'est emparé d'informations techniques, à l'occasion de ces négociations et les a mis en œuvre sans autorisation⁸⁷⁵. Au final, cette nouvelle disposition, émanation directe du devoir de bonne foi et de loyauté⁸⁷⁶, fait naître du côté du franchisé une obligation de confidentialité et de non-divulgateion. Cependant, la formulation employée par l'article 1112-2 du Code civil peine à convaincre la doctrine car elle suscite un certain nombre d'interrogations. Tout d'abord, que faut-il entendre par informations confidentielles ? Comment les distinguer des diverses informations échangées au cours des négociations ? D'ailleurs, il convient de préciser que la réforme ne précise pas la durée de cette obligation dont serait débiteur le franchisé⁸⁷⁷. Certains auteurs proposent une solution consistant à établir une liste des documents présentés comme étant confidentiels⁸⁷⁸. Cependant, appliquées à la pratique de la franchise, les informations confidentielles seront nécessairement celles qui portent directement ou indirectement sur le contenu même du savoir-faire, autrement dit sur ses éléments constitutifs. D'ailleurs, l'obligation de communiquer l'ensemble des informations dont l'importance serait déterminante pour le consentement de l'autre partie, formulée à l'article 1112-1 du Code civil, n'impose pas au franchiseur de transmettre l'ensemble des éléments constitutifs de son savoir-faire. Une telle obligation serait par ailleurs incompatible avec l'exigence de secret qui caractérise le savoir-faire et permet d'assurer sa protection.

125. La détermination du préjudice réparable en cas du manquement du franchisé à son obligation de confidentialité. S'il est possible d'affirmer que les méthodes et autres procédés caractérisant le savoir-faire peuvent être assimilées aux informations confidentielles mentionnées à l'article 1112-2 du Code civil, la problématique liée au préjudice réparable, et notamment son *quantum*, constituera à l'avenir l'un des enjeux majeurs du contentieux. En effet, comment quantifier financièrement et moralement le

⁸⁷⁵ Cass. Com., 3 oct. 1978, n°77-10.915.

⁸⁷⁶ DEFOSSEZ (M.) : « La bonne foi au cœur des négociations », AJ contrat 2016, p. 327.

⁸⁷⁷ HAAS (G.), FALCONIERI (E.), O'RORKE (W.) : « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », IP/IT 2017, p. 313

⁸⁷⁸ REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJ contrat, 2016 p. 20.

préjudice subi par le franchiseur du fait de la divulgation et de l'utilisation d'informations portant sur son savoir-faire, obtenues au cours des négociations par le candidat frauduleux ? La violation même légère de l'obligation de confidentialité peut avoir d'importantes conséquences pour le franchiseur, puisqu'elle donnera naissance à une situation quasi-irréversible, dans la mesure où les avantages de la confidentialité ne pourront être récupérés car les informations protégées seront connues de tous⁸⁷⁹. L'inobservation de l'obligation de confidentialité s'apparente à un « *délit instantané* » car « *la cession du trouble n'est plus possible, le débiteur ne peut ni ravalier ses paroles, ni effacer ses écrits lorsque des tiers s'en sont saisis* »⁸⁸⁰. Alors que la jurisprudence considère qu'en cas de rupture fautive des pourparlers par le franchiseur, ce dernier doit rembourser au franchisé l'ensemble des investissements qu'il a réalisés afin de pouvoir exécuter le futur contrat de franchise, qui n'a finalement jamais été conclu en raison du comportement du franchiseur⁸⁸¹, la question est plus délicate pour le franchiseur. Comme en matière contractuelle, le régime de la responsabilité civile repose sur un certain nombre de notions cardinales, parmi lesquelles figure au premier plan le principe de la réparation intégrale du préjudice subi⁸⁸². Or, dans le cadre de la situation envisagée par l'article 1112-2 du Code civil, le franchiseur ne pourra obtenir la réparation intégrale de son préjudice que s'il est capable d'évaluer avec précision le préjudice qu'il a subi en cas d'exploitation par son partenaire aux négociations des informations qu'il lui a transmises, informations portant généralement sur les éléments constitutifs du savoir-faire⁸⁸³. Par ailleurs, la vocation uniquement compensatoire sur laquelle repose le régime de la responsabilité délictuelle constitue un obstacle au fait que l'indemnisation allouée au titre des dommages et intérêts puisse procurer un enrichissement quelconque à la partie lésée, donc au franchiseur⁸⁸⁴.

⁸⁷⁹ VIVANT (M.) : « *Les clauses de secret, in les principales clauses des contrats conclus entre professionnelles* », PUAM, 1990, p. 101.

⁸⁸⁰ LATREILLE (A.) : « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », LPA, 8 août 2008, n°157, p.4

⁸⁸¹ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « Rupture fautive des pourparlers portant sur la conclusion d'un nouveau contrat et préjudice réparable ». LEDICO, oct. 2017, n°9, p.6.

⁸⁸² Réaffirmé explicitement à l'Art. 1235 du projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 : « *Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial et extrapatrimonial* ».

⁸⁸³ CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », Dalloz, 1^{ère} éd, 2017, n° 195.

⁸⁸⁴ PIERRE (Ph.) : « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », RDC 2010, p. 1117.

126. Vers une amélioration de l'indemnisation du franchiseur victime à travers les dispositions contenues au sein du projet de réforme de la responsabilité civile ?

L'octroi de dommages et intérêts punitifs pourrait s'avérer être la solution la plus appropriée car ils ont avant tout pour objet de réprimer les fautes dites lucratives, fautes que le candidat franchisé serait à même de commettre au cours des négociations⁸⁸⁵. Toutefois, si certaines propositions de lois⁸⁸⁶ ou projets doctrinaux⁸⁸⁷ ont soumis l'idée de consacrer au sein du Code civil ce mécanisme répressif, la jurisprudence a toujours refusé de lui reconnaître une quelconque existence⁸⁸⁸. La publication le 13 mars 2017 du projet de loi relatif à la réforme de la responsabilité civile permet-il de changer la donne ? Autrement dit, une meilleure indemnisation du franchiseur lésé dans le cadre des négociations est-elle envisageable ? Au premier abord cette réforme semble s'être fixée les mêmes objectifs et ambitions que la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016⁸⁸⁹, à savoir accroître l'accessibilité, moderniser et actualiser le droit de la responsabilité civile⁸⁹⁰. Si le projet de réforme comporte un certain nombre d'innovations, c'est l'introduction de l'amende civile à l'article 1266-1 du Code civil qui suscite le plus de commentaires, ce dernier étant jugé contraire au principe de la légalité des délits et des peines, ainsi qu'au principe de *non bis in idem*⁸⁹¹. D'ailleurs, si la proposition de loi déposée le 29 juillet 2020 au Sénat portant réforme de la responsabilité civile reprend une grande partie des dispositions du projet de loi de 2017, elle abandonne néanmoins la consécration de l'amende civile au sein du Code civil⁸⁹². La notion d'amende civile n'est pas nouvelle en droit français puisqu'elle est présente en matière procédurale ou encore dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence. Pourtant, le projet de loi n'en donne aucune définition⁸⁹³. Cette amende revêt ainsi un caractère civil quand « *elle est prévue par un texte et prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire*

⁸⁸⁵ BORGHETTI (J-S.) : « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, vue d'ensemble de l'avant-projet », *D.* 2016, p. 1386.

⁸⁸⁶ Art. 1386-25 du Code civil contenu dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile dite Bétaille.

⁸⁸⁷ Art. 1371 issu du projet dit *Catala*.

⁸⁸⁸ TELLER (M.) : « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », *Environnement* – juill. 2012, n°7.

⁸⁸⁹ VINEY (G.) : « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 1378.

⁸⁹⁰ Discours de présentation du projet de réforme de la responsabilité par Monsieur Jean-Jacques URVOAS, garde des sceaux, ministre de la justice, le 13 mars 2017.

⁸⁹¹ RIAS (N.) : « L'amende civile, une fausse bonne idée ? », *D.* 2016, p. 2072.

⁸⁹² JANUEL (P.) : « Le Sénat veut avancer sur la réforme de la responsabilité civile », *Daloz actualité*, 22 juill. 2020.

⁸⁹³ SCHILLER (S.) : « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », *JCP E* 2015, p. 1399.

pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale »⁸⁹⁴. Concrètement le projet de loi prévoit qu'en « *matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile* ». Si le futur texte s'inspire largement de l'article 1371 du projet Catala, il s'en distingue également car il ne consacre pas la notion de dommages et intérêts punitifs⁸⁹⁵. En effet, si ces derniers permettent un enrichissement sans cause de la victime venant ainsi bousculer le principe de la réparation intégrale du préjudice, l'amende civile est affectée non pas à la victime, mais à un fonds d'investissement en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public⁸⁹⁶. Toutefois, du fait de l'influence notable de la doctrine, le texte ne fait plus référence à la notion de faute lourde⁸⁹⁷. Cette amende reste proportionnée à la gravité de la faute commise et non à l'importance du préjudice subi par la victime⁸⁹⁸. En définitive, l'amende civile, sous réserve de l'adoption du projet de loi par le Parlement, n'aura pas pour effet d'accroître les dommages et intérêts alloués au franchiseur en réparation de son préjudice subi lors des négociations du fait de la divulgation ou de l'utilisation d'informations sensibles par le candidat franchisé. Elle s'apparente plus comme un moyen de dissuasion afin d'éviter que ce dernier ne détourne des informations communiquées par le franchiseur au cours des négociations. Dans un tel cas, le candidat franchisé devra, outre le paiement de dommages et intérêts plus ou moins importants au franchiseur, verser en sus une somme affectée : « *au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor Public* ». Il semble donc que cette nouvelle « peine » soit, pour reprendre l'expression de la doctrine, un palliatif à l'impossibilité pour le franchiseur de chiffrer avec précision son préjudice⁸⁹⁹. Par ailleurs, face à ces difficultés rencontrées par le franchiseur,

⁸⁹⁴ BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », LPA, 20 nov. 2002, p. 36

⁸⁹⁵ BRUN (Ph.) : « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité », RLDC, sept. 2016, p.31.

⁸⁹⁶ BORGHETTI (J-S.) : « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », D. 2016, p. 1442.

⁸⁹⁷ BALLOT-LENA (A.) : « Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l'amende civile consacrée : parties 1 et 2 », Blog réforme du droit des obligations – Dalloz.

⁸⁹⁸ HAFTEL (B.) : « La responsabilité contractuelle : conditions et effets », colloque de l'IRDA du 19 mai 2017 intitulé « Le juge et le droit de la responsabilité civile : bilan et perspective ».

⁸⁹⁹ ALES (T.) : « L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? », AJ contrat 2017, p. 69.

une partie de la doctrine invoque l'utilisation des dispositions de l'article L. 615-7 du Code de la propriété intellectuelle, qui serait en quelque sorte des dommages et intérêts punitifs⁹⁰⁰. Cette disposition confère en effet au juge une liberté plus grande dans la fixation de dommages et intérêts notamment en ce qu'elle permet de prendre en compte à la fois l'ensemble des conséquences économiques préjudiciables pour le franchiseur telles que le manque à gagner et les pertes subies, mais aussi son préjudice moral ainsi que les bénéfices réalisés par le candidat franchisé contrefacteur⁹⁰¹. Mais, cette disposition ne met pas en place des dommages et intérêts punitifs car elle a pour seule vocation de mieux protéger et garantir les intérêts du franchiseur pendant toute la période des négociations⁹⁰².

En cas de divulgation des éléments constitutifs du savoir-faire au cours des négociations, le franchiseur pourra poursuivre le franchisé afin d'obtenir la réparation de son préjudice. Il pourra agir sur le terrain de la responsabilité contractuelle lorsque le candidat franchisé était tenu à obligation de confidentialité par le biais d'un contrat de réservation. A défaut, le franchiseur devra alors engager la responsabilité délictuelle du franchisé en ayant recours aux nouvelles dispositions de l'article 1112-2 du Code civil. Pour y arriver, il devra démontrer que les éléments qu'il a communiqués au franchisé au cours des négociations, constituent des informations confidentielles au sens de l'article 1112-2 du Code civil. Mais les négociations ne constituent pas la seule menace à l'impératif de confidentialité entourant le savoir-faire du franchiseur. Le franchiseur doit aussi veiller à protéger son savoir-faire lors de la cession conventionnelle ou judiciaire du contrat de franchise.

Paragraphe II : La protection du savoir-faire lors de la circulation du contrat de franchise

127. Plan. Exceptée la singularité attachée aux contrats à durée déterminée, les parties n'ont pas vocation à être liées indéfiniment dans une relation contractuelle car une

⁹⁰⁰ PIERRE (P.) : « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », RDC 2010, p. 1117.

⁹⁰¹ CASALONGA (C.) : « La réparation de la contrefaçon des brevets d'invention dans le procès civil depuis la loi du 29 octobre 2007 », Cah. dr. entr. n°6, nov. 2010, dossier 34.

⁹⁰² GISCLARD (T.) : « La nature des dommages et intérêts sanctionnant la contrefaçon - à propos de l'arrêt de la CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », Propr. ind., n°5, Mai 2017, étude 15.

telle situation viendrait heurter de plein fouet le principe de prohibition des engagements perpétuels⁹⁰³. Si la jurisprudence a clairement reconnu, sous certaines conditions, la faculté pour les parties de rompre de façon unilatérale un contrat à durée indéterminée⁹⁰⁴, ces dernières peuvent également s'extraire d'un accord en cédant leur position contractuelle par le biais du mécanisme de la cession de contrat⁹⁰⁵. Toutefois, si la jurisprudence a posé le principe de l'incessibilité du contrat de franchise en raison de l'importance de l'*intuitu personae*, de nombreux tempéraments à ce principe sont apparus par la suite. Ainsi, les parties au contrat de franchise dispose de la faculté de pouvoir céder leur position contractuelle sous certaines conditions à un tiers (**A**). Par ailleurs, l'activité du franchisé mais surtout celle du franchiseur peuvent être cédées à un tiers notamment en cas de transmission universelle du patrimoine (**B**). Enfin, franchisés et franchiseurs, qui sont par définition des entrepreneurs, peuvent rencontrer dans le cadre de l'exploitation de leur activité, des difficultés pouvant conduire à l'ouverture d'une procédure collective et, par conséquent, à l'adoption d'un plan de cession (**C**). La transmission du contrat de franchise opérée dans ces différentes hypothèses conduit à s'interroger sur la compatibilité de ces dernières avec l'exigence de confidentialité qui entoure le savoir-faire.

A. La protection du savoir-faire lors de la cession du contrat de franchise

128. La cession de contrat longtemps encadrée par des règles d'origine prétorienne. Les objectifs poursuivis par les parties en cas de cession du contrat de franchise sont variés. Le franchiseur peut vouloir réaliser une plus-value en cédant son réseau, ou, au contraire, solliciter de nouveaux investisseurs afin d'accroître la valeur intrinsèque de son concept ou encore désirer se retirer tout simplement du contrat⁹⁰⁶. Du côté du franchisé, la situation est quelque peu différente puisque ce dernier voudra céder le contrat de franchise de manière concomitante à la cession de son fonds de commerce dont la valeur a augmenté

⁹⁰³ Art. 1210 du Code civil : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

⁹⁰⁴ Cons. Const. Décision n°99-419 DC du 9 nov. 1999.

⁹⁰⁵ SIMLER (Ph.) : « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », CCC n°5, mai 2016, dossier 8.

⁹⁰⁶ PIHERY (R.) : « La transmission du réseau de franchise, l'obstacle de l'*intuitu personae* », AJ contrat 2016, p. 428.

en raison de l'exploitation du savoir-faire transmis⁹⁰⁷. Avant la réforme du droit des obligations, la cession conventionnelle n'avait fait, pendant des années, l'objet d'aucune disposition générale au sein du Code civil, ce dernier ne venant régler qu'avec parcimonie des situations particulières notamment en matière de baux ou de vente d'immeuble⁹⁰⁸. C'est donc à la jurisprudence qu'était revenu le soin de fixer les règles spécifiques et propres à la cession de contrat. Toutefois, l'accomplissement d'une telle tâche a posé un certain nombre d'interrogations quant à sa compatibilité vis-à-vis des contrats *intuitu personæ* et notamment du contrat de franchise. En raison du caractère secret du savoir-faire, mais également du fait de sa maîtrise par le franchiseur, il n'était pas dénué de sens d'affirmer que les accords de franchise étaient incessibles⁹⁰⁹. Or, si la Cour de cassation a posé le principe de l'intransmissibilité de plein droit des accords de distribution⁹¹⁰, elle a, par ailleurs, fait le choix de retenir une conception dite objective de l'*intuitu personæ*⁹¹¹ qui suppose une fongibilité des personnes entre elles, dès lors qu'elles présentent les mêmes qualités intrinsèques⁹¹². Ainsi, la cession des contrats *intuitu personæ* est possible mais nécessite obligatoirement, conformément au principe de la force obligatoire, l'accord du cédé à l'opération de cession⁹¹³. Cette solution revient à admettre, pour ce qui concerne les accords de franchise, que l'obstacle relatif à leurs transmissions se situe davantage dans le consentement du cédé, que dans les spécificités du savoir-faire et notamment de son caractère secret⁹¹⁴. La Haute juridiction a, par ailleurs, étendu l'exigence de cet accord à l'ensemble des contrats indifféremment de leur nature ou de leur forme⁹¹⁵. La finalité même de l'accord donné par le cédé, qui s'apparente davantage à une autorisation⁹¹⁶, n'est pas d'en faire une partie à part entière à l'accord entre le cessionnaire et le cédant, mais uniquement de permettre à ce dernier de pouvoir exercer pleinement sa faculté de céder le contrat⁹¹⁷. En

⁹⁰⁷CA. Paris, 30 juin 2000, *D.* 2000 p. 379, obs Chevrier.

⁹⁰⁸ANTIPPAS (J.) : « Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat », *RTD. Civ.* 2017, p. 43.

⁹⁰⁹CA. Orléans. 14 sept. 2000, *D.*2001 p.1017, note Y. Marot.

⁹¹⁰OUDIN (M.) : « La transmission des contrats de distribution », *RTD Com.* 2011, p. 447.

⁹¹¹Cass. Com., 7 janv. 1992, n°90-14.831, *Bull. civ. IV*, n°3.

⁹¹²KRAJESKI (D.) : « L'intuitu personae et la cession du contrat », *D.* 2001, p. 1345.

⁹¹³MESTRE (J.) : « Une décisive conquête de la cession de contrat », *RTD Civ.* 1992, p. 762.

⁹¹⁴AMIEL-COSME (L.) : « L'apport partiel d'actif et le contrat de franchise ou le fabuleux destin de l'intuitu personae ». *Rev. sociétés.* 2010, p.562.

⁹¹⁵Cass. Com., 6 mai 1997, n°94-16.335 et n°95-10.252, *Bull. civ. IV*, n°117 et n°118 ; Cass. Civ. 1^{re}., 6 juin 2000, *Bull. civ. I*, n°173 ; Cass. Com., 28 avr. 2004, pourvoi n°00-22.354.

⁹¹⁶THULLIER (B.) : « *L'autorisation, étude de droit privé* », LGDJ, 1996, préface A. Bénabent.

⁹¹⁷AYNES (L.) : « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1998, p. 25.

conséquence, de la jurisprudence il ressortait que le cédant, qu'il soit franchisé ou franchiseur, devait nécessairement recueillir l'accord du cédé sous peine que la cession lui soit inopposable. C'est d'ailleurs ce qu'a consacré la réforme du droit des obligations dans les articles 1216 et suivants du Code civil.

129. La consécration par la réforme du droit des obligations du principe de l'accord préalable et obligatoire du cédé à la cession de contrat. L'article 1216 du Code civil reprend l'idée selon laquelle la cession de contrat revient pour le cédant à céder sa position contractuelle. En effet, le législateur a préféré privilégier l'expression de cession de la qualité de partie à celle de cession du contrat à proprement parler. Passée cette différence terminologique, il convient de noter que l'exigence de l'accord du cédé dégagée par la jurisprudence trouve dorénavant un fondement textuel⁹¹⁸. De plus, si le projet de réforme était resté silencieux quant à la possibilité pour le cédé de donner par avance son consentement à l'opération de cession⁹¹⁹, cette faculté se retrouve dorénavant prévue à l'alinéa 2 de l'article 1216⁹²⁰. Il faut toutefois remarquer que la réforme abandonne l'exigence, formulée par la jurisprudence⁹²¹, qui consistait à soumettre l'opération de cession au formalisme dicté par l'article 1690 du Code civil afin que celle-ci soit pleinement opposable aux parties. L'alinéa 3 de l'article 1216 n'exige dorénavant qu'un simple écrit⁹²². Enfin, les nouvelles dispositions viendront certainement clore le débat doctrinal selon lequel la cession de contrat aboutirait⁹²³ ou non⁹²⁴ à la conclusion d'un nouveau contrat. La cession du contrat n'emporte pas la conclusion d'un nouveau contrat⁹²⁵ puisque, par définition, en cédant sa qualité de partie le cédant transfère ainsi à la charge du cessionnaire l'ensemble des obligations qui découlent du contrat d'origine⁹²⁶. En ayant obtenu l'accord du cédé, le cédant se retrouve libéré de la relation contractuelle, il n'est donc « *plus tenu par l'effet*

⁹¹⁸Art.1216 al. 1^{er} du C. civ. : « *Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé* ».

⁹¹⁹Voir dans ce sens l'art. 1340 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

⁹²⁰REIRA (A.) : « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJCA, 2016 p. 20.

⁹²¹Civ. 3^e, 6 févr. 1979, Bull. civ. III, n°34 ; Civ. 3^e, 9 avr. 2014, n°13-10.945, D. 2014, p.929

⁹²²Art. 1216 al. 3^{ème} du C. civ. : « *La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité* ».

⁹²³JAMIN (C.) : « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », D. 1998, p. 145.

⁹²⁴AYNES (L.) : « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », D. 1998, p. 25.

⁹²⁵CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », 2^{ème} éd. Dalloz, 2018, n°599.

⁹²⁶SIMLER (Ph.) : « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », CCC n°5, mai 2016, dossier 8.

obligatoire du contrat, au moins pour l'avenir »⁹²⁷. Mais le second alinéa de l'article 1216-1 du Code civil, précise qu'en l'absence d'accord du cédé, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat avec le cessionnaire, et ce, postérieurement à la date de la cession⁹²⁸. Autrement dit, le franchiseur pourra demander indifféremment le paiement des redevances à l'ancien franchisé (cédant) ou au cédant, s'il n'a pas donné son accord à la cession.

130. La manifestation non équivoque de l'accord du cédé à l'opération de cession. Le consentement du cédé à la cession peut revêtir différentes formes, mais il doit impérativement être exprimé de manière non équivoque. Si le silence du cédé ne peut valoir consentement⁹²⁹, l'accord tacite est possible. Il résultera de la poursuite du contrat de franchise après que le cédé ait eu connaissance de l'opération de cession⁹³⁰. Le cédant devra toutefois démontrer, dans ce cas, que le cédé avait connaissance de l'opération de cession⁹³¹.

131. De la validité de la clause par laquelle le cédé consent *ab initio* à la cession de contrat. Compte tenu de l'importance du nombre de franchisés au sein de certains réseaux, la cession de l'ensemble des contrats peut se révéler particulièrement problématique⁹³² et contreproductive⁹³³ puisque le franchiseur cédant devra recueillir le consentement de chacun de ses franchisés. Le risque est réel pour le franchiseur car le refus d'un seul des franchisés aura pour effet de le maintenir dans la relation contractuelle, indépendamment du fait qu'il aurait été libéré par les autres. Afin de prévenir une telle situation, les praticiens recommandaient l'insertion, au sein du contrat de franchise, d'une clause par laquelle le cédé consent *ab initio* à la cession, c'est-à-dire au moment de la signature du contrat et non de sa cession⁹³⁴. L'alinéa 2 de l'article 1216 du Code civil consacre cette possibilité en affirmant que « *cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifiée ou lorsqu'il en prend acte* ». Pour être efficace, cette clause doit prévoir les

⁹²⁷BLANC (N.), LATINA (M.), MAZEAUD (D.) : « *Droit des obligations* », LDGJ, 2020, n°315.

⁹²⁸BLANC (N.), LATINA (M.), MAZEAUD (D.) : « *Droit des obligations* », LDGJ, 2020, n°315.

⁹²⁹Civ. 25 mai 1870, GAJC, 11^e édition., n°147.

⁹³⁰Cass. Com., 6 juill. 1999, RJDA 1999, n°1197.

⁹³¹PIHERY (R.) : « La transmission du réseau de franchise, l'obstacle de l'intuitu personae », AJ contrat 2016, p. 428.

⁹³²LARROUMET (C.) : « La descente aux enfers de la cession de contrat », D. 2002, p. 1555.

⁹³³AMEDEE-MANESME (G.) : « Le rachat ou la fusion de réseaux », JPC E n°23, 7 juin 2012, 1364.

⁹³⁴SIMON (F-L.) : « La circulation du contrat de franchise », LPA, 4 dec. 2008, n°243, p. 49.

modalités suivant lesquelles le cédé sera informé de ladite cession⁹³⁵. Il n'en reste pas moins que la présence de cette clause peut susciter un certain nombre d'interrogations quant à l'étendue même du consentement du cédé, ce dernier ne connaissant nullement, par définition, l'identité du cessionnaire et par conséquent son aptitude à pouvoir exploiter le savoir-faire⁹³⁶. Outre l'application des dispositions des articles 1216 et suivants du Code civil, le franchiseur peut par l'insertion au sein du contrat de franchise, d'une clause d'agrément et/ou d'une clause de préférence, protéger encore plus efficacement son savoir-faire lors de la cession du contrat par le franchisé⁹³⁷.

132. De l'intérêt pour le franchiseur de la clause d'agrément dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur le choix du cessionnaire. Pour reprendre la formule employée par la Cour d'appel de Paris : « *la clause d'agrément qui constitue une modalité d'application de l'intuitu personae propre au contrat de franchise (...) tend à éviter que le bénéficiaire du savoir-faire et de l'assistance apportée aille indirectement à un concurrent* »⁹³⁸. C'est la raison pour laquelle, la clause d'agrément est aussi intitulée en doctrine, clause *d'intuitu personae*⁹³⁹. A l'instar des clauses de non-concurrence, de confidentialité ou encore de non-réaffiliation, la clause d'agrément vise à protéger le savoir-faire en évitant que le franchisé cède son point de vente à un réseau concurrent sans l'accord du franchiseur⁹⁴⁰. L'insertion dans le contrat de franchise d'une telle clause était destinée à sécuriser la cession, puisqu'avant la réforme du droit des obligations, l'accord du cédé n'était qu'une exigence jurisprudentielle⁹⁴¹. Elle permettait donc au franchiseur d'imposer contractuellement au franchisé qu'il lui soumette le choix du cessionnaire⁹⁴². En raison des nouvelles dispositions de l'article 1216 du Code civil, l'insertion d'une clause d'agrément au sein du contrat de

⁹³⁵SIMON (F.-L.) : « Théorie et pratique de la franchise », Joly éditions, 2009, n°429.

⁹³⁶DISSAUX (N.) : « Les conditions d'efficacité de la cession d'un contrat de franchise ». JCP A, n°17, 29 Avril 2010, p. 1412.

⁹³⁷MAROT (Y.) : « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », LPA, 04/02/2003, n°35, p.3

⁹³⁸CA. Paris., 21 sept. 2005, Juris-Data n°2005-294284.

⁹³⁹FAGES (B.) : « Violation d'une clause de secret : condamnation du débiteur à des dommages et intérêts », JCP G, n°1, 7 janv. 1998, II, 10000.

⁹⁴⁰REYGROBELLET (A.) : « *Fonds de commerce* », Dalloz Action, Chapitre 13, édition 2012.

⁹⁴¹SIMON (F.-L.) : « La circulation du contrat de franchise », LPA, 4 dec. 2008, n°243, p. 49 , BORIES (A.) : « L'acquisition du fonds de commerce du franchisé par le concurrent du franchiseur », Dalloz Actualité, 2 déc. 2014.

⁹⁴²CA. Rennes., 20 janvier 2004, Juris-Data n°2004-239028, *cet arrêt admet la possibilité que la clause d'agrément soit bilatérale, autrement-dit qu'elle applicable à l'égard du franchisé comme du franchiseur.*

franchise pourrait s'avérer être dénué d'intérêt dans la mesure où l'accord du cédé est dorénavant obligatoire. Néanmoins, dans la pratique, le franchiseur se doit de maintenir la présence d'une telle clause au sein de ses contrats pour deux raisons essentielles⁹⁴³. La première, c'est que la clause d'agrément permettra au franchiseur de déterminer la sanction applicable en cas de cession réalisée sans son accord. Ainsi, le franchiseur pourra prévoir que le contrat sera résolu aux torts exclusifs du franchisé, tout en prévoyant que la violation de son droit d'agrément sera assortie d'une clause pénale. La seconde raison réside dans le fait que la clause d'agrément permettra aux parties de définir les différentes modalités selon lesquelles le franchiseur devra manifester son agrément ou son refus. En effet, si le législateur a consacré le principe de l'accord du cédé, il n'a pas pris le soin de préciser les modalités de manifestation de son accord ou de son refus. La clause d'agrément au sein du contrat de franchise pourra instaurer un délai dans lequel le franchiseur devra manifester son agrément, ou encore prévoir les formes de manifestation de son agrément. Toutefois, la clause d'agrément ne saurait conférer au franchiseur un pouvoir discrétionnaire quant au refus d'agréer le cessionnaire. La solution serait différente en l'absence d'une telle clause, le franchiseur pouvant alors refuser discrétionnairement la cession du contrat⁹⁴⁴. Ainsi, la clause d'agrément serait donc une disposition contractuelle favorable au franchisé puisque le refus du franchiseur devra ne pas être abusif⁹⁴⁵. Pour cela, les juges du fond se doivent de contrôler les motifs invoqués par le franchiseur pour justifier de son refus⁹⁴⁶ notamment au regard de l'économie générale du contrat de franchise. La Cour de cassation a par ailleurs considéré comme licite le refus du franchiseur en raison de l'absence de viabilité économique du projet, dans la mesure où le cessionnaire aurait acquis le point de vente du franchisé à un prix beaucoup trop élevé pour espérer un retour sur investissement⁹⁴⁷. Dans l'éventualité où le refus du franchiseur serait considéré par une juridiction comme abusif, le franchisé pourra obtenir uniquement la réparation de son préjudice. Pour autant, il ne pourra pas céder le contrat sous peine de voir le contrat de franchise être résilié à ses torts exclusifs. Afin de

⁹⁴³ GRATTON (L.) : « Le contrat de cession, instrument de sécurisation de la cession de contrat », RDC 2017, n°114j0, p. 370.

⁹⁴⁴ ROUAST (A.) : « Les droits discrétionnaires et les droits de contrôle », RTD Civ., 1944, p. 1 ; MAZEAUD (D.) : « Un petit plomb en moins dans le solidarisme contractuel ... », D. 2003, p. 93.

⁹⁴⁵ Cass. Com., 3 nov. 2004, pourvoi n°02-17.919, Juris-Data n°025481.

⁹⁴⁶ Cass. Com., 2 juill. 2002, Bull. Civ. IV, n°113.

⁹⁴⁷ Cass. Com., 5 oct. 2004, pourvoi n°02-17.338, Bull. Civ IV, n°181.

prévenir tout contentieux entre les parties, le franchiseur peut décider de dresser une liste des motifs qui justifient son refus⁹⁴⁸.

133. La faculté pour le franchiseur d'acquérir en priorité le fonds de commerce du franchisé par l'intermédiaire d'une clause de préférence. La clause de préférence insérée au sein du contrat de franchise permet au franchiseur de jouir d'une position privilégiée lorsque l'un de ses franchisés décidera de céder son fonds de commerce⁹⁴⁹. Par définition, la clause de préférence ou le pacte de préférence oblige le franchisé, qui est alors le promettant, dans l'éventualité où il déciderait à vendre son fonds de commerce, à le proposer en priorité, au franchiseur⁹⁵⁰. Le choix d'insérer dans le contrat de franchise une clause de préférence ne constitue que l'exercice par le franchiseur des prérogatives qu'il dispose en tant que tête de réseau. Par l'emploi d'une telle clause, le franchiseur veille à protéger son savoir-faire mais également à maintenir l'implantation de son enseigne sur le territoire géographique permettant ainsi de garantir la pérennité de son réseau⁹⁵¹. En effet, comme le souligne un auteur : « *la couverture d'un réseau revêt donc une importance singulière pour le franchiseur qui doit la conserver intacte, voire l'étendre, pour préserver la crédibilité et la notoriété de l'enseigne* »⁹⁵². A travers le pacte de préférence et le droit de priorité qui lui est attribué, le franchiseur cherche à éviter qu'une personne extérieure à son réseau puisse acquérir le fonds de commerce du franchisé et avoir ainsi accès au savoir-faire⁹⁵³. Encore faut-il que le franchiseur exerce son droit de préemption sous peine de laisser au franchisé la liberté de céder son fonds à l'acquéreur de son choix⁹⁵⁴. Toutefois, la signature d'un pacte de préférence ne garantit au franchiseur ni que son franchisé s'abstiendra de signer avec un tiers la cession du fonds en violation du pacte⁹⁵⁵, ni que le franchisé, après avoir proposé au franchiseur la vente de son fonds au prix déterminé et face au refus de celui-ci de se porter acquéreur, de proposer la cession du fonds à un tiers mais à un prix inférieur

⁹⁴⁸SIMON (F.-L.) : « La circulation du contrat de franchise », LPA, 4 dec. 2008, n°243, p. 49.

⁹⁴⁹DE WYNCKELE-BAZEALA (A.-V.) : « Pacte de préférence et contrat de franchise », D. 2004, p. 2487.

⁹⁵⁰AL SURAIHY (Y.) : « *La fin du contrat de franchise* », Thèse 2008, n°230 et s.

⁹⁵¹SAINTOURENS (B.) : « Vente d'un fonds de commerce franchisé, objet d'un pacte de préférence », RTD Com. 2011, p. 723

⁹⁵²DE WYNCKELE-BAZEALA (A.-V.) : « Pacte de préférence et contrat de franchise », D. 2004, p. 2487.

⁹⁵³INFOREG : « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », Cah. dr. entr. n°5, sept. 2008, prat. 20.

⁹⁵⁴MALAUURIE-VIGNAL (M.) : « Faute motivant la rupture du contrat de franchise », CCC n°8-9, août 2007, comm. 204.

⁹⁵⁵Cass. Civ. 1^{re}, 11 juill. 2005, Juris-Data n°034537.

à celui proposé au franchiseur⁹⁵⁶. C'est donc pour protéger les intérêts du bénéficiaire du pacte et donc en l'espèce du franchiseur, que l'article 1123 alinéa 2 du Code civil dispose que : « *lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* ». Le franchiseur pourra obtenir la réparation de son préjudice en cas de violation par le franchisé du pacte de préférence. Le préjudice constituera une perte de chance pour le franchiseur de ne pas percevoir les redevances qui lui sont dues⁹⁵⁷. Le franchiseur pourra engager la responsabilité délictuelle du tiers lorsque ce dernier aura fait preuve de mauvaise foi lors de la signature du contrat.

134. Les recours possibles pour le franchiseur en cas de violation de la clause de préférence par un tiers. Pour engager la responsabilité extracontractuelle du tiers fautif, le franchiseur doit arriver à démontrer que ledit tiers avait connaissance, d'une part, de l'existence du pacte de préférence, et, d'autre part, de l'intention du bénéficiaire, à savoir du franchiseur, de s'en prévaloir⁹⁵⁸. Par conséquent, le franchiseur devra rapporter la preuve de la double mauvaise foi du tiers dans la signature du contrat avec le cédant. Pour la Cour de cassation : « *l'acquisition d'un fonds de commerce, faite sans déloyauté et dans le respect du droit de préemption conféré au franchiseur, ne constitue pas une faute de nature à rendre l'acquéreur complice de la rupture, même fautive du contrat de franchise par le cédant* »⁹⁵⁹. Par ailleurs, le second alinéa de l'article 1123 consacre la solution retenue par un arrêt de la Cour de cassation réunie en Chambre Mixte, dans lequel elle affirmait que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, (...) à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* »⁹⁶⁰. Toutefois, la réforme semble avoir

⁹⁵⁶CA. Paris., 7 déc. 2005, Juris-Data n°289983 ; Civ. 3^e, 29 janv. 2003, n°01-03.707, Bull. civ. III, n°24.

⁹⁵⁷CA. Douai., 21 déc. 2006, RG n°04/02939.

⁹⁵⁸BLANC (N.), LATINA (M.), MAZEAUD (D.) : « Droit des obligations », LGDJ, 2020, n°77.

⁹⁵⁹Cass. Com., 15 mai 2007, Bul. Civ. IV, n°129, D. 2007, p. 1498, obs. CHEVRIER (E.) ; CA. Agen., 11 juin 2014, n°12/00812, AJCA 2014, p. 342, obs. PONSARD (M.).

⁹⁶⁰Ch. Mixte 26 mai 2006, n°03-19.379 ; Bull. n°4.

pris en compte les critiques émises par la doctrine au sujet de la solution rendue par la Cour de cassation, puisque pour cette dernière, lorsque les deux conditions étaient réunies, le bénéficiaire pouvait alors obtenir la nullité du contrat conclu en violation du pacte, entre le promettant et le tiers, et par la suite agir en substitution⁹⁶¹. Or, le prononcé de la nullité du contrat semble faire obstacle à la substitution dans la mesure où il n'existe plus de relation contractuelle entre le promettant et le tiers puisque celle-ci a été anéantie. Le second alinéa a supprimé cette contradiction, puisque lorsque le bénéficiaire aura satisfait à la double condition, il pourra agir soit sur le terrain de la nullité du contrat ou aller sur celui de la substitution dans les droits du tiers⁹⁶². Ainsi, pour le franchiseur, les actions ne seront plus cumulatives mais alternatives⁹⁶³.

135. L'instauration d'une action dite interrogatoire au profit du tiers. Les deux derniers alinéas de l'article 1123 du Code civil innovent dans la mesure où ils instaurent une action dite interrogatoire au profit du tiers acquéreur. En effet, lesdits alinéas précisent que « *le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* ». Mais cette action interrogatoire semble être défavorable au tiers puisque, comme le font remarquer des auteurs, le tiers est protégé par son ignorance. Or, cette ignorance constitue un obstacle au prononcé de la nullité du contrat ou encore à la substitution⁹⁶⁴. Par ailleurs, le recours à cette action interrogatoire s'apparente pour le tiers à une faculté et non à une obligation⁹⁶⁵. Il semble difficile pour une juridiction de reprocher au tiers de ne pas avoir intenté cette action sauf dans l'éventualité où il ne pouvait ignorer l'existence du pacte. D'ailleurs, il sera particulièrement difficile, voire quasi-impossible, pour le tiers d'être informé de l'existence d'un tel pacte, à moins que l'une des parties au contrat de franchise et notamment le franchiseur lui ait révélé cette existence. A moins que le tiers ne puisse ignorer l'existence

⁹⁶¹GAUTIER (P.-Y.) : « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* ». *D.* 2006, p.1861.

⁹⁶²CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) : « *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », Dalloz, 2^{ème} éd. 2018, n°257.

⁹⁶³BLANC (N.), LATINA (M.), MAZEAUD (D.) : « *Droit des obligations* », LGDJ, 2020, n°77.

⁹⁶⁴BLANC (N.), LATINA (M.), MAZEAUD (D.) : « *Droit des obligations* », LGDJ, 2020, n°77.

⁹⁶⁵ CHAIEHLOUJ (W.) : « Du risque contractuel au risque concurrentiel : le cas du pacte de préférence inclus dans le contrat de franchise », *JCP G*, n°43, 22 oct. 2018, doctr. 1128.

d'un tel pacte en raison de sa qualité de professionnel aguerri du secteur dans lequel est implanté le franchiseur. C'était d'ailleurs le cas dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Paris, qui dans un arrêt du 6 mars 2019 a retenu la tierce-complicité d'un franchiseur concurrent dans la violation de la clause de préférence d'un contrat de franchise en affirmant que « *la société Carrefour Proximité France (le tiers), qui connaissait parfaitement les dispositions du contrat de franchise SPAR (le franchiseur), puisqu'elle en détenait un exemplaire signé avec une société tierce, avait connaissance, par ailleurs, en sa qualité de professionnel aguerri de la grande distribution, de l'existence courante de ce type de droit de préemption qu'elle incluait également dans ses propres contrats. Elle a en outre elle-même contribué à la tentative de sortie de contrat réalisée par la société C. (franchisé), dans le dessein de contourner le droit de préemption de la société Distribution Casino France. Elle est donc responsable, au plan délictuel, comme tiers, avec la société C., de la violation de la clause* »⁹⁶⁶. En cas de violation du pacte de préférence, le tiers pourrait être condamné à des dommages et intérêts sur le fondement de sa responsabilité extracontractuelle⁹⁶⁷. L'importance du pacte de préférence dans la protection du savoir-faire a été soulignée lors des débats parlementaires concernant l'adoption du projet de loi de ratification. En effet, un amendement proposait de modifier la rédaction de l'article 1123 alinéa 3 du Code civil, notamment en remplaçant la notion de durée raisonnable par un délai fixe de deux mois. Si cet amendement n'a pas été adopté, il convient de préciser que lors de l'examen en première lecture du projet de loi devant le Sénat, la Garde des Sceaux avait mentionné l'importance de maintenir la référence textuelle à un délai raisonnable en prenant l'exemple des relations entre franchiseur et franchisé. En effet, selon la Ministre, instaurer un délai de réflexion de seulement deux mois au franchiseur serait « *inadapté, car insuffisamment long* » puisque « *le franchiseur doit pouvoir examiner l'opportunité du rachat, sur un plan juridique, financier, opérationnel, et les conditions mêmes de ce rachat* »⁹⁶⁸. Or, le franchiseur se doit d'apprécier si le rachat du fonds de commerce du franchisé par un tiers, ne constituerait pas une atteinte au savoir-faire, et par la même occasion compromettre la pérennité économique de son réseau. En décidant de céder le contrat de franchise, le franchisé cède en réalité une

⁹⁶⁶ CA. Paris., 6 mars 2019, n°17/18551.

⁹⁶⁷ CHAIEHLOUJ (W.) : « Du risque contractuel au risque concurrentiel : le cas du pacte de préférence inclus dans le contrat de franchise », JCP G, n°43, 22 oct. 2018, doctr. 1128.

⁹⁶⁸<https://www.senat.fr/seances/s201710/s20171017/s20171017004.html>

partie de son fonds de commerce puisque ce dernier est composé de deux éléments à savoir d'une part, le droit au bail et d'autre part, le contrat de franchise⁹⁶⁹. Le consentement du franchiseur lors de la cession du contrat de franchise permet ainsi de protéger le savoir-faire, en évitant que le franchisé ne cède sa position contractuelle à un réseau concurrent. Mais le savoir-faire doit aussi faire l'objet d'une protection lors des opérations de fusions et d'apports partiels d'actifs.

B. La protection du savoir-faire en cas de transmission universelle de patrimoine

136. Le principe du transfert automatique des contrats en cas de transmission universelle de patrimoine. La transmission du contrat de franchise, lors opérations de fusions, de scissions et d'apports partiels d'actifs, a suscité de nombreuses interrogations⁹⁷⁰. En effet, les accords de franchise ne sont pas étrangers à ce type d'opérations qui affectent le plus souvent la société du franchiseur⁹⁷¹. Les opérations de fusions ont pour finalité la transmission de l'ensemble des éléments constitutifs du patrimoine d'une société, qu'elle soit absorbée ou scindée, au profit d'une ou plusieurs sociétés qui le recueillent en tout ou partie⁹⁷². Les opérations de scissions consistent pour une société à « *transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles* »⁹⁷³. Malgré leurs différences, les opérations de fusions et d'apports partiels d'actifs partagent un point commun, celui de transmettre l'ensemble du patrimoine d'une société au profit d'une ou plusieurs autres qui le recueille intégralement. Ces dernières se substituent alors à la société absorbée dans l'ensemble de ses obligations, droits et biens. Quant aux apports partiels d'actifs, ils consistent pour une société, à fournir à une autre société, une partie seulement de ses actifs en contrepartie de titres émis par la société bénéficiaire des apports⁹⁷⁴. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 236-22 du Code de commerce prévoit d'ailleurs que les sociétés parties à l'opération d'apports partiels d'actifs peuvent décider de soumettre cette opération aux

⁹⁶⁹AMEDEE-MANESME (G.) : « La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce », JCP E n°5, 4 févr. 2010, p. 1110.

⁹⁷⁰BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchiseur », RDC, 1^{re} août 2010, n°4, p. 1278.

⁹⁷¹BRIAND (D.) : « Cessions et réseaux de distribution », Rev. proc. coll. n°2, mars 2015, dossier 33.

⁹⁷²MOULIN (J-M.) : « Fusion, scission et apport partiel d'actif », Rep. soc. Janv. 2017, n°3.

⁹⁷³C. com. art. L.236-1 al. 2.

⁹⁷⁴LOUBET (E.) et RAPONE (E.) : « Fusion de société : apports partiels d'actif », JCl., Sociétés, Traités., fasc. 164-10, n°1 à 8.

dispositions relatives à la scission. La Chambre commerciale de la Cour de cassation ayant précisé dans un arrêt de principe qu'une : « *fusion et une scission entraînent la transmission universelle de la société qui disparaît au profit du ou des sociétés bénéficiaires, ces sociétés se substituant à elle dans tous ses droits, biens, et obligations ; que les mêmes conséquences sont attachées à l'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport* »⁹⁷⁵. L'un des effets principaux de la transmission universelle est qu'elle entraîne au profit de la société qui recueille le patrimoine de l'autre société, un transfert automatique des contrats⁹⁷⁶. Cependant, ce principe du transfert automatique souffre de quelques exceptions. Ainsi, le caractère *intuitu personae* d'un contrat constitue un obstacle à son transfert en cas de transmission universelle puisque le cocontractant n'a pas donné son accord audit transfert. Une différence de régime existe entre d'une part, les contrats conclus de manière *intuitu personae* qui ne peuvent donc pas être transférés de manière automatique sans l'accord du cocontractant et, d'autre part, les contrats qui sont dépourvus d'*intuitu personae*, et qui par conséquent, seront automatiquement transférés du fait de la transmission universelle de patrimoine⁹⁷⁷. Concernant le transfert du contrat de franchise lors d'une telle opération, une double problématique est apparue. Tout d'abord, le contrat de franchise peut-il être rattaché à la catégorie des contrats *intuitu personae* ? Ensuite, si le contrat de franchise appartient à cette catégorie, l'*intuitu personae* repose-t-il sur la personne du franchisé, du franchiseur ou sur les deux ? Un intense débat doctrinal et jurisprudentiel a vu le jour afin de répondre à cette double problématique.

137. L'*intuitu personae* du contrat de franchise, une exception au principe du transfert automatique des contrats en cas de transmission universelle de patrimoine.

En l'absence de dispositions légales venant préciser si les accords de franchise devaient être considérés comme des contrats conclus de manière *intuitu personae*, la jurisprudence a répondu par l'affirmative. Toutefois, dans un premier temps, la jurisprudence est venue préciser que l'*intuitu personae* reposait sur la seule personne du franchisé et non du franchiseur. Pour la jurisprudence de l'époque, cette solution s'expliquait par le fait que le

⁹⁷⁵ Cass. Com., 16 févr. 1988, n°86-19.645.

⁹⁷⁶ MASSART (T.) : « La transmission universelle du patrimoine confrontée aux contrats conclus *intuitu personae* », *Gaz. Pal.* 3 avril 2018 n°319t7, p.55.

⁹⁷⁷<https://www.lettredesreseaux.com/P-21-521-N1-2-le-changement-de-franchiseur-resultant-d-un-apport-partiel-d-actifs.html>, consulté le 17 oct. 2020.

départ du franchisé avait pour effet de modifier les conditions d'exécution du contrat de franchise. La société du franchisé étant une entité juridique beaucoup plus petite que celle du franchiseur, le changement de gérant au sein de la société du franchisé aurait davantage de répercussions que si le changement de gérant intervenait au sein de la société du franchiseur. La personne du gérant de la société du franchiseur serait alors indifférente pour le franchisé puisqu'il ne contracte pas en considération de cette personne, mais bien en raison de la société du franchiseur dans son ensemble. Ainsi, un candidat à la franchise souhaitant adhérer au réseau d'une enseigne multinationale de restauration rapide, ne consent pas au contrat de franchise en considération du dirigeant personne physique de l'enseigne, mais plutôt en raison de la réussite commerciale de l'enseigne. Par conséquent, la jurisprudence considérait que « *les modifications qui pourraient intervenir dans la personne du franchiseur, telles que par exemple fusion, scission, absorption, apport partiel d'actif ou cession et tout accord juridique ou commercial avec un tiers seraient sans effet sur l'existence ou l'exécution du présent contrat* ». Toutefois, une partie de la jurisprudence admettait que l'*intuitu personae* pouvait être réciproque et reposer à la fois sur la personne du franchisé et sur celle du franchiseur. En effet, le franchisé ainsi que le franchiseur s'engagent en considération des qualités de la personne du cocontractant. Le franchiseur choisit et sélectionne les candidats franchisés en fonction de leurs compétences mais surtout de leurs aptitudes à exploiter le savoir-faire tout en respectant les règles établies au sein du manuel opératoire⁹⁷⁸. Quant au franchisé, il adhère au réseau du franchiseur en raison de son savoir-faire. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a par deux arrêts rendus le même jour opéré un revirement de jurisprudence en affirmant que : « *le contrat de franchise conclu en considération de la personne du franchiseur ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par fusion à un société tierce* » et ni « *par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions* »⁹⁷⁹. Un tel positionnement de la part de la Haute juridiction n'est pas novateur puisque cette dernière avait déjà rappelé l'exigence d'un accord

⁹⁷⁸ BORIES (A.) : « Procédure collective du franchiseur : la lettre et l'esprit de l'article L. 642-7 du Code de commerce ? », JCP E n°17-18, 25 avril 2019, 1207.

⁹⁷⁹Cass. Com., 3 juin 2008, n°06-13.761 et 06-18.007, voir en ce sens Cass. Civ., 3^e, 10 nov. 1998, pourvoi n°97-12.389 ; Bulletin Joly 1999, p. 371, note J-J. DAIGRE ; FAGES (B.) : « Intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif », RTD civ. 2008, p. 478.

du cédé en cas d'opérations de fusion⁹⁸⁰ ou d'apports partiels d'actifs⁹⁸¹ en ce qui concerne le contrat d'agence commerciale⁹⁸². La Cour de cassation a fait le choix de transposer à l'identique la jurisprudence qu'elle avait adoptée dans le cadre de la cession conventionnelle⁹⁸³. Le franchiseur est la personne qui maîtrise le mieux le savoir-faire, puisque par définition le savoir-faire est le résultat de son travail intellectuel⁹⁸⁴. Le franchisé voit alors, dans la personne morale du franchiseur, la seule personne pouvant l'assister lorsqu'il éprouvera des difficultés lors de la réitération du savoir-faire. Ainsi, en cas de disparition de cette personne morale au profit d'une autre par l'intermédiaire d'une transmission universelle de patrimoine, le risque est grand que la nouvelle entité ne soit pas en mesure de maîtriser le savoir-faire comme le franchiseur initial. Ainsi, le contrat de franchise ne peut être transmis par fusion absorption ou, par l'effet d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions qu'avec l'accord du franchisé⁹⁸⁵. Cette solution se justifie par le caractère *intuitu personae* du contrat, mais aussi, en raison de la présence d'un savoir-faire qui n'est autre que la caractéristique essentielle du contrat de franchise⁹⁸⁶. Il convient de préciser que la solution, telle qu'elle est affirmée par la Cour de cassation, ne s'appliquera que lorsque le franchiseur n'aura pas recueilli à l'avance le consentement du franchisé à de telles opérations au sein du contrat de franchise⁹⁸⁷. Un tel consentement permettra de prévenir tout blocage en cas de refus du cédé au moment de la cession. La cession ne sera effective que sous réserve que le contrat prévoit expressément les modalités d'informations de la cession au cédé, et que le cédant l'exécute de bonne foi⁹⁸⁸. De son côté, et afin d'éviter une éventuelle condamnation pour abus de droit, le franchisé devra impérativement se

⁹⁸⁰Cass. Com., 13 déc. 2005, RTD Civ. 2006, p. 310 ; MESTRE (J.) : « Le juge face à la stipulation d'intuitus personae dans une relation contractuelle », RTD civ. 2006, p. 316.

⁹⁸¹Cass. Com., 29 oct. 2002, n°01-03.987, RTD civ. 2003, p. 295.

⁹⁸²LE CANNU (P.) : « Le contrat de franchise, conclu intuitu personae, ne se transmet qu'avec l'accord du franchiseur en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions ». RTD com. 2009, p. 385.

⁹⁸³LIENHARD (A.) : « Fusion : pas de transmission automatique des contrats de franchise », *D.* 2008, p. 1623.

⁹⁸⁴*V. supra* n°43.

⁹⁸⁵HOVASSE (H.) : « Apport partiel d'actif sous le régime des scissions ou fusion-absorption : conditions de la transmission d'un contrat de franchise », JCP E, n°40, 2 oct. 2008, 2210 ; BOULOC (B.) : « Franchise. Contrat conclu intuitu personae. Transmission par le franchiseur. Conditions ». RTD Com. 2009 p.432.

⁹⁸⁶AMIEL-COSME (L.) : « L'apport partiel d'actif et le contrat de franchise ou le fabuleux destin de l'intuitus personae ». *Rev. sociétés* 2010, p.562.

⁹⁸⁷DISSAUX (N.) : « Les conditions d'efficacité de la cession d'un contrat de franchise ». JCP A, n°17, 29 Avril 2010, p. 1412.

⁹⁸⁸DISSAUX (N.) : « Les conditions d'efficacité de la cession d'un contrat de franchise ». JCP A, n°17, 29 Avril 2010, p. 1412.

soumettre à l'exigence de bonne foi dans la formulation de son opposition à l'opération, opposition qui ne peut nullement reposer uniquement sur des motifs illégitimes⁹⁸⁹. Le franchisé qui, de son côté aura assisté impuissant à cette cession malgré son refus légitime, pourra quant à lui agir afin que soit prononcée la résiliation du contrat⁹⁹⁰ et se voir allouer par la même occasion des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou encore sur la rupture abusive des relations commerciales⁹⁹¹. Par ailleurs, le cessionnaire ne pourra exiger du franchisé l'exécution du contrat lorsque le transfert du contrat a été réalisé en dépit de son refus, puisqu'il n'existe aucun lien juridique entre le cessionnaire et le franchisé⁹⁹². Le cessionnaire devra rapporter la preuve que le franchisé a bien consenti à l'opération de fusion, de scission, ou d'apports partiels d'actif pour engager la responsabilité contractuelle de ce dernier en cas de refus d'exécuter le contrat de franchise malgré son transfert⁹⁹³. Cependant, un auteur s'interroge quant à l'avenir de la solution établie par la Cour de cassation⁹⁹⁴. En effet, la Chambre commerciale a rendu un arrêt dans laquelle elle valide le transfert d'un contrat de distribution réalisé sans l'accord préalable du distributeur cédé⁹⁹⁵. Toutefois, cette décision ne saurait constituer un renversement des solutions de 2008 car elle ne concerne pas un contrat de franchise mais un contrat de distribution de produits et de services de télé-sauvegarde. Par conséquent, l'accord du franchisé sera toujours nécessaire en cas de transmission universelle de patrimoine en raison du caractère *intuitu personae* attaché au contrat de franchise. Il convient maintenant de s'interroger sur le sort du savoir-faire lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre d'un des membres du réseau.

⁹⁸⁹MESTRE (J.) et FAGES (B.) : « Préavis, investissements et refus d'agrément ... ou la longue marche des concessionnaires », RTD civ 2002, p. 810

⁹⁹⁰Cass. Com., 31 janv. 2012, n°10-27.603

⁹⁹¹PIHERY (R.) : « La transmission du réseau de franchise, l'obstacle de l'intuitu personae », AJ contrat 2016, p. 428.

⁹⁹²AMIEL-COSME (L.) : « L'intransmissibilité des contrats de franchise, conclus intuitu personae, lors d'un apport partiel d'actif ou une fusion-absorption », Rev. sociétés 2009, p. 339 ; CA Lyon, 11 juin 2009, JurisData n°2009-013805.

⁹⁹³AMEL-COSME (L.) : « Apport partiel d'actif et contrat de franchise : quand les exigences de preuve contrarient la transmission universelle du patrimoine ... ». Rev. sociétés 2013, p. 618.

⁹⁹⁴AMIEL-COSME (L.) : « Primauté et efficacité de la transmission universelle de patrimoine : enfin la transmission d'un contrat de distribution sans l'accord préalable du distributeur », Rev. sociétés 2014, p. 657.

⁹⁹⁵Cass. Com., 4 févr. 2014, n°12-22.404.

C. La protection du savoir-faire en cas de procédure collective

138. Le contrat de franchise, un accord nécessaire au maintien de l'activité au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 642-7 du Code de commerce ? Les difficultés rencontrées lors de l'exécution du contrat de franchise, illustrées par l'absence de réussite commerciale ou un renforcement accru de la concurrence, peuvent se révéler préjudiciables pour les parties et les conduire vers une procédure de sauvegarde⁹⁹⁶ voire, lorsqu'un état de cessation des paiements est constaté, vers l'ouverture d'une procédure de redressement⁹⁹⁷ ou de liquidation judiciaire⁹⁹⁸. L'une des finalités de ces différentes procédures réside dans la possibilité offerte à une juridiction de prononcer une cession totale ou partielle de l'entreprise⁹⁹⁹. Toutefois, une telle cession ne pourra être envisagée et prononcée par la juridiction compétente que pour atteindre des finalités bien précises qui tendent au maintien des activités économiques qui sont susceptibles d'être exploitées de manière autonome, mais aussi d'assurer la sauvegarde de l'emploi ainsi qu'un apurement du passif¹⁰⁰⁰. Pour parvenir à un tel résultat, la juridiction compétente se devra d'établir un listing des contrats qui seront jugés indispensables et nécessaires au maintien de ladite activité¹⁰⁰¹. Le législateur a, par ailleurs, limité la sphère des contrats susceptibles d'être incorporés dans cette cession, aux seuls contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services. De cette limitation textuelle, un débat a émergé en doctrine pour déterminer si le contrat de franchise, rentre ou non dans le champ d'application de cette cession judiciaire¹⁰⁰². Pour certains auteurs, le contrat de franchise se rattache à la catégorie des contrats de fourniture en raison des obligations qui pèsent sur la personne du franchiseur et, notamment, celle de communiquer à ses franchisés un savoir-faire¹⁰⁰³. Selon cette conception, le contrat de

⁹⁹⁶ SIMON (F.-L.) : « Franchise et procédures collectives », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p. 97 ; C. com., art. L.620-1, al. 1.

⁹⁹⁷C. com., art. L.631-1, al. 1.

⁹⁹⁸C. com., art. L.640-1, al. 1.

⁹⁹⁹C. com., art. L.642-7 applicable en matière de liquidation judiciaire ; C. com., art. L. 626-1 applicable en cas de plan de sauvegarde comportant une cession d'une ou plusieurs activités ; C. com., art. L. 631-22 applicable en matière de redressement judiciaire.

¹⁰⁰⁰ BLANC (G.) : « Entreprises en difficulté – Cession de contrat », Rep. sociétés, n°124 et s.

¹⁰⁰¹ THULLIER (B.) : « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoir pour le juge », *D.* 2006, p. 130.

¹⁰⁰² MAROT (Y.) : « Franchise et procédure collective : une vision globale », *D.* 2001, p. 1017.

¹⁰⁰³ DE SAINT-POL (F.) : « Procédure collective du franchiseur et cession forcée du réseau : que fait la jurisprudence ? », *JCP E*, n°45, 6 nov. 2014, 1561.

franchise aurait donc pour finalité la commercialisation d'un certain nombre de biens et de services par le biais de la mise en application par le franchisé des méthodes que le franchiseur lui alors transmises et enseignées. De plus, l'article L.642-7 du Code de commerce ne prévoit pas que, pour être cédé, un contrat doit avoir un objet axé que sur la seule fourniture de biens ou de services. Quelques décisions s'étaient exprimées en ce sens en considérant que le contrat de franchise était « *un accord complexe qui comporte une multitude d'échanges et de services de la part des partenaires* » et qu'il faisait donc bien partie « *des contrats de fournitures de biens ou de services nécessaires au maintien de l'activité* »¹⁰⁰⁴. Pour d'autres, au contraire, le contrat de franchise ne peut être qualifié comme tel, sauf à venir méconnaître ses spécificités. En effet, la transmission du savoir-faire ne pourrait s'apparenter en aucune façon à un simple contrat de fourniture puisque le savoir-faire ne constitue ni un bien, ni un service¹⁰⁰⁵. Certaines Cour d'appel avaient pu épouser cette théorie en affirmant qu'il résultait de l'article L.642-7 du Code de commerce que n'étaient concernés que « *les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité* » et « *que cette énumération limitative ne vis(ait) nullement le contrat de franchise* »¹⁰⁰⁶. Si la jurisprudence semblait pour le moins hésitante, voire contradictoire, sur l'application des dispositions de l'article L 642-7 du Code de commerce au contrat de franchise, elle semble aujourd'hui admettre que la cession forcée du contrat de franchise puisse intervenir dans certaines conditions¹⁰⁰⁷.

139. La cession forcée du contrat de franchise en cas d'ouverture d'une procédure collective au bénéfice du franchisé. L'*intuitu personae* du contrat de franchise peut sembler être un obstacle à la cession forcée du contrat¹⁰⁰⁸. En effet, une telle cession peut être incompatible avec le maintien de l'activité de la partie placée sous procédure

¹⁰⁰⁴ CA. Versailles., 23 juin 1988, Gaz. Pal., 1989, I, somm, p.112 ; CA. Versailles., 13 mai 1993, Rev. proc. coll., 1995, p. 172 et 173.

¹⁰⁰⁵BINCTIN (N.) : « L'apport en société de savoir-faire », AJCA 2015, p. 355 ; LECOURT (A.) : « Redressement judiciaire du franchiseur, cession du contrat de franchise et application raisonnée de l'intuitu personae » AJ contrat 2015, p. 140.

¹⁰⁰⁶CA. Versailles., 28 Mars 1996, RJDA juill. 1996 n°973 ; CA. Paris., 15 déc. 1992, D. 1993, p. 45.

¹⁰⁰⁷BRIAND (D.) : « Cessions et réseaux de distribution », Rev. proc. coll., n°2, mars 2015, dossier 33 ; AL SURAIHY (Y.) : « *La fin du contrat de franchise* », Thèse 2008, n°239 et s.

¹⁰⁰⁸ ARRAY (A.) : « La cession du contrat de franchise à l'occasion d'un plan de cession », Bull. Joly Entrep. diff., 1^{er} mai 2014, n°03, p.167

collective¹⁰⁰⁹. Or, ce maintien d'activité constitue une condition essentielle à la cession judiciaire du contrat¹⁰¹⁰. Ainsi, si le franchisé fait l'objet d'une procédure collective, la jurisprudence considère dans ce cas-là que le contrat de franchise peut être cédé¹⁰¹¹. Il ne s'agit ici qu'une des conséquences directes des différents degrés d'intégration de l'*intuitu personæ* au sein des contrats de franchise¹⁰¹². Cette solution se justifie par le fait que le franchisé peut être remplacé par une autre personne qui pourra à son tour réitérer les obligations qui découlent du contrat original car précisément, dans cette hypothèse, les personnes sont interchangeables. Dans l'esprit de la jurisprudence, le franchisé ne constitue pas l'unique personne capable de réitérer les méthodes transmises lors de la formation initiale¹⁰¹³. Lors du plan de cession de l'entreprise du franchisé, le repreneur n'a pas à être agréé par le franchiseur, puisque l'article L. 642-7 confère au juge le pouvoir de céder l'ensemble des contrats nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise¹⁰¹⁴. En effet, comme l'indique la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 23 janvier 2020, l'article L. 642-7 du Code de commerce : « *prive nécessairement d'effet toute clause qui aurait pour conséquence de restreindre le pouvoir du tribunal de céder des contrats. Le transfert des contrats déterminés par le tribunal est opposable à tous nonobstant l'existence d'une clause restrictive, s'agissant d'une cession judiciaire. Il s'ensuit que la clause contractuelle stipulant que la cession de l'enseigne est subordonnée à une procédure d'agrément et à un droit de préférence se trouve privée d'effet, une telle clause étant de nature à paralyser la cession* ». Par ailleurs, pour la Cour, l'*intuitu personæ* ne fait obstacle à la cession du contrat de franchise que lorsque celle-ci est incompatible avec le maintien des éléments essentiels du contrat, ce que ne rapportait pas en l'espèce le franchiseur¹⁰¹⁵. En l'espèce, le contrat était nécessaire à la continuation de l'entreprise dans la mesure où « *un changement d'enseigne entraînerait nécessairement une réorganisation totale du fonds de commerce, des*

¹⁰⁰⁹ PETEL (P.) : « Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté », LPA, 18 mai 1992, p. 24.

¹⁰¹⁰ CA. Douai., 8 mars 1990, D. 2000 p. 87.

¹⁰¹¹ CA. Versailles., 23 juin 1988, Gaz. Pal., 1989, I, somm, p.112 ; CA. Versailles., 13 mai 1993, Rev. proc. coll., 1995, p. 172 et 173.

¹⁰¹² OBAJTEK (T.) et PASCOËT (C.) : « La délicate appréhension du contrat cadre par le droit des procédures collectives », AJ contrat 2017, p. 114.

¹⁰¹³ DELPECH (X.) : « La faillite des opérateurs de voyages et de séjours : sort des contrats et de la clientèle », JT. 2010, n°123, p.32.

¹⁰¹⁴ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « Intuitu personæ du contrat de franchise à l'épreuve des procédures collectives », LEDICO mars 2020, n°112x0, p.2.

¹⁰¹⁵ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « Intuitu personæ du contrat de franchise à l'épreuve des procédures collectives », LEDICO mars 2020, n° 112x0, p. 2

aménagement lourds et la fermeture longue du magasin et un tel changement serait de nature de mettre en péril la pérennité de l'entreprise ». Outre le rappel du principe selon lequel ni une clause au sein du contrat, ni l'*intuitu personae* ne peuvent faire obstacle à la cession forcée du contrat de franchise, cet arrêt aborde un autre point intéressant. En effet, pour faire obstacle à la cession, le franchiseur arguait qu'il y avait un risque de violation du secret entourant le savoir-faire dans la mesure où le repreneur avait envisager avant de formuler son offre de reprise, d'ouvrir un point de vente sous une enseigne concurrente, mais également de proposer des produits spécifiques à la population installée autour du point de vente. La Cour d'appel rejeta cet argument dans la mesure où rien dans l'attitude du repreneur traduisait un désir de vouloir se soustraire au respect des instructions du franchiseur.

140. Vers une cession forcée du contrat de franchise en cas d'ouverture d'une procédure collective au bénéfice du franchiseur. Lorsqu'une procédure collective porte sur la personne du franchiseur, une jurisprudence « *assez majoritaire* »¹⁰¹⁶ considérait que le contrat de franchise ne pouvait faire l'objet d'une cession forcée¹⁰¹⁷. Deux arguments pourraient tenter de justifier cette position¹⁰¹⁸. Tout d'abord, et au regard de la seule formulation de l'article L 642-7, il peut être difficilement compréhensible que le contrat de franchise puisse être rattaché à la catégorie des contrats de fournitures de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité du franchiseur. En effet, le contrat de franchise ne met pas à la charge du franchisé l'obligation de fournir un service au franchiseur. A moins de considérer que le paiement des redevances et le respect du savoir-faire s'apparentent à un service. Ensuite, le caractère *intuitu personae* pourrait constituer un obstacle à la cession forcée du contrat et donc au changement de cocontractant. En effet, le savoir-faire transmis est marqué de la personnalité du franchiseur de façon indélébile¹⁰¹⁹. Aucune autre personne que le franchiseur n'est donc capable de maîtriser aussi bien le savoir-faire et de faire évoluer ses éléments constitutifs. D'ailleurs, certains auteurs proposent d'insérer, au sein du Code

¹⁰¹⁶ BORIES (A.) : « Procédure collective du franchiseur : la lettre et l'esprit de l'article L. 642-7 du Code de commerce ? », JCP E n°17-18, 25 avril 2019, 1207.

¹⁰¹⁷ TGI. Strasbourg, 20 déc. 2013, n°2013/003928 ; CA. Versailles., 28 mars 1996, RJDA juill. 1996 n°973 ; CA. Paris., 15 déc. 1992, D. 1993, p. 45 ; CA. Orléans., 14 sept. 2000, D. 2001, p. 1017 note Y. Marot.

¹⁰¹⁸ FERRIER (N.) : « Concurrence – Distribution, janvier 2019 – décembre 2019 », D. 2020, p. 789.

¹⁰¹⁹ LUCAS (F-X.) : « La cession de contrats de franchise à l'occasion d'un plan de cession », LEDEN, 2 mai 2014, n°5, p.4.

de commerce, une disposition qui affirmerait l'impossibilité pour le tribunal d'imposer la cession judiciaire du contrat de franchise en cas de procédure collective du franchiseur¹⁰²⁰. Toutefois, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Limoges en date du 28 janvier 2019 semble aller à contre-courant des solutions jurisprudentielles classiques¹⁰²¹. En l'espèce, le groupe P exerçait une activité de restauration à travers un concept de plats à base de pomme de terre. Ce groupe comptait 160 restaurants dont deux étaient implantés en Belgique, les autres étant installés en France. Sur les 160 restaurants, 150 étaient exploités par le biais de contrats de franchise. La société P Développement était le master-franchisé pour la France. En 2013, la société P Développement conclut avec la société PM un contrat de franchise. En octobre 2017, le Tribunal de commerce de Limoges ouvrit une procédure de redressement judiciaire au bénéfice de l'ensemble des sociétés composant le groupe P, dont la société P Développement. En novembre 2017, le Tribunal de commerce de Limoges arrêta le plan de cession des actifs des sociétés du groupe P au profit de deux repreneurs. Puis par un jugement en date du 21 février 2018, le Tribunal décida de convertir les procédures de redressement judiciaire en liquidation judiciaire. Le franchisé interjeta appel du jugement autorisant la cession des actifs et donc du contrat de franchise au profit des deux repreneurs. Pour le franchisé, le contrat était *intuitu personae*, puisqu'il s'était engagé en considération de la personne du franchiseur seul créateur et détenteur du savoir-faire. De plus, les repreneurs qui étaient des holdings financières étrangères n'avaient aucune compétence dans l'exploitation d'un concept de restauration à thème. Enfin et surtout, le franchisé arguait du fait que le contrat de franchise devait être exclu des dispositions de l'article L 642-7 du Code de commerce, et qu'il ne pouvait donc être judiciairement cédé sans son accord. Pour confirmer le jugement, la Cour d'appel de Limoges se lança dans une analyse approfondie du contrat. Elle remarqua que le contrat était conclu en fonction de la personnalité et de l'expérience propre du franchisé, sans réciprocité pour autant. En effet, le contrat prévoyait que le master-franchisé avait «*la faculté de se substituer toute personne physique ou morale (qui devra) cependant fournir au franchisé les mêmes prestations que celles prévues au présent contrat, de sorte que le franchisé ne pourra se prévaloir de toute modification dans la personne ou dans la structure juridique ou financière du master-*

¹⁰²⁰PEROCHON (F.) : « *Entreprises en difficulté* », LGDJ, 2014, 10^e éd., n°1271.

¹⁰²¹BORIES (A.) : « Procédure collective du franchiseur : la lettre et l'esprit de l'article L. 642-7 du Code de commerce ? », JCP E n°17-18, 25 avril 2019, 1207.

franchisé à l'effet de dénoncer le contrat ». Par ailleurs, le master-franchisé pouvait mettre fin au contrat, à sa seule initiative « si le franchisé ne devait plus être dirigeant effectif de son restaurant ou décidait de céder tout ou partie de sa participation financière dans le cadre de cette société ou de son fonds de commerce », si cette décision ne lui avait pas été préalablement soumise pour recueillir son agrément préalable et écrit. Enfin, le contrat prévoyait une clause d'agrément et un droit de préemption uniquement en faveur du master-franchisé, dans l'intérêt du réseau. Pour la Cour d'appel, le contrat de franchise pouvait être transféré dans le cadre du plan de cession des actifs, nonobstant le défaut d'accord du franchisé dans la mesure où un tel contrat qui : « se caractérise essentiellement par la transmission d'un savoir-faire original, substantiel et secret effectuée par une assistance technique et commerciale et l'octroi d'un droit d'user d'une marque tout au long de l'exécution du contrat (...), relève de la catégorie des contrats de fourniture de biens ou de service prévue par l'article L642-7, dont il n'est pas exclu et qui ne s'entend pas des seuls contrats de fourniture au bénéfice du débiteur. Si son caractère intuitu personae découle de son objet même, (...), pour autant ce caractère intuitu personae ne fait pas obstacle par nature à une substitution de co-contractant dans le cadre de la procédure collective du franchiseur par l'effet d'un plan de cession des actifs aux termes duquel les contrats de franchise sont inclus dans le périmètre de la cession. En effet dès lors que le contrat est nécessaire au maintien de l'activité, seule condition fixée par l'article L642-7 du Code de commerce, cette substitution peut intervenir sans l'accord préalable du franchisé, a fortiori lorsque le contrat ne prévoit aucune clause de réciprocité au caractère intuitu personae contractuellement imposé au seul franchisé et lorsque le débiteur lui fournit une garantie de la réalité ou de la qualité de l'exécution du contrat ». La prise de position de la Cour d'appel de Limoges doit être saluée dans la mesure où elle respecte l'esprit des dispositions de l'article L 642-7 du Code de commerce¹⁰²². En effet, à aucun moment le législateur n'indique qu'une cession forcée d'un contrat de franchise ne peut avoir lieu en raison du caractère intuitu personae de ce contrat. La nécessité du contrat pour le maintien de l'activité de la personne placée sous procédure collective constitue la seule condition à la cession forcée du

¹⁰²² BORIES (A.) : « Procédure collective du franchiseur : la lettre et l'esprit de l'article L. 642-7 du Code de commerce ? », JCP E n° 17-18, 25 avril 2019, 1207.

contrat, et non l'intuitu personae¹⁰²³. Par conséquent, ni le franchisé, ni le franchiseur ne peuvent s'opposer à la cession forcée du contrat de franchise dans le cadre d'un plan de cession, dès lors que ce contrat est indispensable à la poursuite de l'activité¹⁰²⁴.

En définitive, les négociations ainsi que les opérations de cessions du contrat de franchise, peuvent se révéler préjudiciables pour les parties au contrat, dans la mesure où elles peuvent faire perdre au savoir-faire l'intégralité de sa valeur marchande, en élargissant sensiblement le cercle des personnes ayant connaissance de ses éléments constitutifs. Cependant, si la jurisprudence et le législateur ont prévu certaines règles de protection dans ces hypothèses, toujours est-il que le moyen le plus efficace, pour le franchiseur, de protéger son savoir-faire, reste avant tout le contrat de franchise.

Section II : La protection du savoir-faire par le biais de techniques contractuelles

141. Plan. Le contrat de franchise constitue un outil indispensable à la protection du savoir-faire, puisque le franchiseur pourra y insérer tout un ensemble de clauses qui lui permettront d'imposer des obligations au franchisé dans le but de protéger son savoir-faire. En effet, si ces clauses se distinguent entre elles en raison des obligations qu'elles mettent à la charge du franchisé, elles visent cependant toutes le même objectif, celui d'assurer la meilleure protection possible du savoir-faire en veillant à ce que le franchisé adopte un « *comportement loyal vis-à-vis du franchiseur et de son réseau* »¹⁰²⁵. Ainsi, il résulte de la pratique et de la jurisprudence que le franchiseur fait généralement le choix d'incorporer au sein de contrat de franchise trois types de clauses que sont : la clause de non-concurrence (**Paragraphe I**), la clause de confidentialité (**Paragraphe II**), et la clause de non ré-affiliation (**Paragraphe III**).

¹⁰²³ BEHAR (T.) : « La Cour d'appel de Limoges ordonne la cession forcée des contrats de franchise au repreneur de l'entreprise du master franchisé », LEDIC mai 2019, n°112c2, p.3

¹⁰²⁴ ZAKHAROVA-RENAUD (O.) : « *Intuitu personae* du contrat de franchise à l'épreuve des procédures collectives », LEDICO mars 2020, n° 112x0, p. 2

¹⁰²⁵ AMEDEE-MANESME (G.) : « La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé en cas de cession de fonds de commerce », JCP E, n°5, 4 févr. 2010, n°1110.

Paragraphe I : La clause de non-concurrence

142. La clause de non-concurrence, une clause indispensable au contrat de franchise. Parmi l'ensemble des définitions proposées pour tenter de définir l'obligation de non-concurrence qui pèse sur le franchisé et résultant d'une clause insérée dans le contrat de franchise, celle donnée par le règlement européen du 20 avril 2010 est la plus complète¹⁰²⁶. En effet, l'article premier dudit règlement définit l'obligation de non-concurrence comme étant « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur (le franchisé) de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels (...)* » proposés par le franchiseur. Insérée au sein du contrat de franchise, la clause de non-concurrence constitue un moyen permettant au franchiseur de pouvoir protéger le plus efficacement possible son savoir-faire. Ainsi, les clauses de non-concurrence apparaissent comment étant inhérentes au contrat de franchise puisqu'elles sont indispensables à la protection du savoir-faire¹⁰²⁷, raison pour laquelle, celles-ci sont présentes dans la quasi-totalité des contrats de franchise¹⁰²⁸. Par ailleurs, les lignes directrices relatives aux restrictions verticales ont depuis longtemps posé le principe selon lequel, la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de franchise ne peut s'apparenter à une pratique restrictive de concurrence au sens de l'article 101 du TFUE¹⁰²⁹, puisqu'elle est nécessaire « *au maintien de l'identité commune et à la réputation du réseau* »¹⁰³⁰. Toutefois, l'obligation de non-concurrence présente au sein d'un contrat de franchise, ne vise pas seulement à interdire au franchisé d'exercer une activité concurrente

¹⁰²⁶Règlement UE n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité de fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

¹⁰²⁷Cons. Concur. 24 juin 1997, n°97-D.51, D. 1998, p. 223 dans lequel le Conseil de la concurrence affirme que : « *les clauses de non-concurrence peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis, qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau, et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité, que ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent* » ; SERRA (Y.) : « Condition de licéité d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat de franchisage », D. 1998, p. 223.

¹⁰²⁸COMERT (M.) : « Clause de non-concurrence post-contractuelle disproportionnée en matière de franchise : la nullité et rien d'autre », AJ contrat 2016, p. 306 ; CELAYA (M.) : « Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoiement », RLDA Juillet-Aout 2012, supplément au n°73, p.40 ; POILLOT-PERUZZETTO (S.) : « La Cour de cassation valide une obligation de non-concurrence d'un contrat de franchise », CCC n°6, juin 2000, comm. 99.

¹⁰²⁹Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

¹⁰³⁰Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/1, n°190 et suivants.

à celle du franchiseur pendant l'exécution du contrat. En effet, le franchiseur peut vouloir interdire au franchisé d'exercer une activité concurrente pendant la période dite post-contractuelle, autrement dit alors même que le contrat de franchise serait arrivé à son terme. Si la présence d'une telle clause pendant l'exécution du contrat de franchise n'a pas fait l'objet en doctrine de remarques particulières dans la mesure où elle est considérée comme le prolongement naturel du principe de l'exécution de bonne foi des contrats¹⁰³¹, la situation est sensiblement différente en ce qui concerne la clause de non-concurrence dite post-contractuelle, intitulée aussi, dans la pratique, clause de non-rétablissement¹⁰³² ou encore clause de non-réinstallation¹⁰³³. Concrètement, la clause de non-concurrence post-contractuelle a pour finalité d'interdire à l'ancien franchisé d'exercer toute activité concurrente à celle du franchiseur, activité qui aurait pour effet de menacer la pérennité du réseau dans son intégralité¹⁰³⁴. Le franchiseur cherche, par le biais de cette clause post-contractuelle, à prévenir toute tentative de détournement par son ancien franchisé de la clientèle du réseau qui, par définition, est profondément attachée aux produits et aux services qui sont proposés et distribués sous la marque du franchiseur¹⁰³⁵. Ainsi, pour certains auteurs, la restriction de la liberté de commerce du franchisé en raison de cette clause serait légitime puisqu'elle permet au franchiseur d'assurer la protection de son savoir-faire et ainsi garantir la pérennité de son réseau¹⁰³⁶. La clause de non-concurrence vise avant toute chose à protéger les intérêts du franchiseur c'est à dire son savoir-faire¹⁰³⁷. *A contrario*, cette même clause constituerait une atteinte disproportionnée au droit de propriété et notamment à la possibilité pour le franchisé de disposer librement de son fonds de commerce. Par ailleurs, si la clause de non-concurrence post-contractuelle fait l'objet de nombreux commentaires en doctrine, c'est parce qu'elle concentre la quasi-totalité du contentieux. Or, l'analyse des

¹⁰³¹SERRA (Y.) : « Droit du marché et commun des obligations, les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », RTD Com., 1998, p. 7 ; DEPINCE (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009, p. 259.

¹⁰³²Cass. Com., 1er juill. 2003, *D.* 2004, p. 1153.

¹⁰³³1^{ère} Civ., 31 mai 2007, *D.* 2008, p. 506.

¹⁰³⁴DEPINCE (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009, p. 259 ; TIQUANT (O.) : « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », RLDA juill-août 2012, supplément au n°73, p. 44.

¹⁰³⁵FERRIER (D.) : « N'est pas manifestement licite la clause de non-concurrence prévue en cas de résiliation d'un contrat de franchise ». *D.* 1997, p.59.

¹⁰³⁶COMERT (M.) : « Clause de non-concurrence post-contractuelle disproportionnée en matière de franchise : la nullité et rien d'autre », AJ contrat 2016, p. 306.

¹⁰³⁷Cass. Com., 14 nov. 1995, *D.* 1997, p.59.

solutions rendues à son sujet permet de mettre en évidence que son régime repose à la fois sur des règles issues de la théorie générale du droit des contrats, mais surtout sur des dispositions issues du droit de la concurrence¹⁰³⁸.

143. La validité de la clause de non-concurrence, conditionnée au respect des principes de proportionnalité et de nécessité. Pour être considérée comme licite et ainsi ne pas porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie du franchisé, la clause de non-concurrence insérée par le franchiseur devra veiller à ne pas interdire complètement au franchisé d'exercer l'ancienne activité objet du contrat de franchise¹⁰³⁹. La clause de non-concurrence doit seulement restreindre la possibilité pour le franchisé d'exercer une telle activité¹⁰⁴⁰. Elle doit donc être ajustée « à l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre et à la liberté du travail » du franchisé¹⁰⁴¹. En effet, la jurisprudence ne considère comme valable une clause de non-concurrence contenue au sein du contrat de franchise que si elle satisfait aux principes de proportionnalité et de nécessité¹⁰⁴². Cependant et contrairement au revirement opéré par la Cour de cassation au sujet de la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail¹⁰⁴³, la jurisprudence refuse que l'obligation de non-concurrence

¹⁰³⁸MARCINKOWSKI (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », AJ contrat 2016, p. 16.

¹⁰³⁹BURST (J.J.) : « Appartenance de la clientèle et la clause de non-concurrence », Cah. dr. ent. 1983, p. 22 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Conditions de licéité d'une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de collaboration », CCC n°10, oct. 2002, p. 140 ; LEVENEUR (L.) : « Contrat de franchise : les conditions habituelles de validité d'une clause de non-concurrence se doublent de conditions liées à la réglementation des ententes », JCP E, n°37, 14 sept. 2000, p. 1429 ; Cass. Com., 12 janv. 1988, Bull. civ. IV, n°31 ; BUCHER (C-E.) : « Un judicieux rappel des conditions de validité des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation dans un contrat de franchise », LEDICO sept. 2019, n°112h5, p.2

¹⁰⁴⁰FERRIER (D.) : « Licéité de la clause de non-concurrence introduite dans un contrat de franchise », D. 2002, p. 3005.

¹⁰⁴¹BUCHER (C-H.) : « Caractère disproportionnée d'une clause de non-concurrence au regard de la protection des intérêts légitime de son créancier », LEDICO févr. 2020, n°112u4, p.2

¹⁰⁴²SERRA (Y.) : « Condition de licéité d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat de franchisage », D. 1998, p. 223 ; BUCHER (C-E.) : « Conséquences de la nullité d'une clause de non-concurrence sur une demande d'indemnisation », LEDICO juill. 2020, n°113d1, p.3 ; DISSAUX (N.) : « Retour sur la validité des clauses de non-concurrence en matière de franchise », JCP E n°9, 4 mars 2012, p.1220 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle dans un contrat de franchise », CCC n°2, Février 2010, comm. 43 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Franchise : clause de non-concurrence déséquilibrée », CCC, °4, avr. 2010, comm. 97.

¹⁰⁴³Cass. Social., 7 mars 2007, n°05-45-511 ; LEFRANC-HAMONIAUX (C.) : « La clause de non-concurrence : quand la contrepartie financière doit être versée ? », D. 2007, p. 1708 ; AUZERO (G.) : « Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence », Rev. Travail 2007, p. 308 ; BAHUREL (C.) : « Clause de non-concurrence : refus d'une contrepartie financière réclamée au nom de la cause », D. 2013, p. 2622.

contenue au sein d'un contrat de franchise soit assortie d'une contrepartie financière¹⁰⁴⁴. La clause de non-concurrence post-contractuelle s'apparente à première vue à une pratique restrictive de concurrence réprimée par les dispositions du TFUE. Toutefois, l'article 5 du Règlement d'exemption de 2010 prévoit expressément que « *l'exemption (...) s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies: a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels; b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat; c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur; d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord* ». Par conséquent, pour bénéficier de l'exemption, la clause de non-concurrence post-contractuelle devra être limitée dans le temps et dans l'espace¹⁰⁴⁵, mais également être indispensable afin d'assurer la protection du savoir-faire du franchiseur¹⁰⁴⁶. Or la limitation de clause de non-concurrence dans le temps et dans l'espace n'est pas une règle qui est spécifique au contrat de franchise, dans la mesure où la Cour de cassation soumet depuis longtemps l'emploi de cette clause à de telles limitations peu importe le type de contrat dans lequel elles sont intégrées¹⁰⁴⁷. C'est pourquoi, le seul fait que la clause de non-concurrence soit limitée dans le temps et l'espace ne suffit pas à considérer une telle clause comme licite, puisqu'elle devra aussi être justifiée d'une part, par la nécessité de protéger le savoir-faire, et d'autre part, être proportionnée à cet objectif¹⁰⁴⁸. La clause de non-concurrence est donc soumise à trois conditions de validité : elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace, être nécessaire afin de protéger un intérêt légitime tout en veillant à être proportionnée¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁴ CA. Reims, 9 mai 2005 ; CA. Caen, 3 nov. 2005 ; CA. Aix-en-Provence, 19 juin 2006 ; GRIMALDI (C.) : « Une clause de non-réaffiliation limitée dans le temps et dans l'espace, justifiée et proportionnée aux intérêts du créancier, n'a pas à être rémunérée », RDC, 1^{er} juill. 2012, n°3, p. 878.

¹⁰⁴⁵ LEVENEUR (L.) : « Une limitation dans l'espace est nécessaire », CCC n°7, juill. 2012, comm. 169.

¹⁰⁴⁶ SIMON (F-L.) : « Nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle illimitée dans l'espace », LEDICO févr. 2019, n°111w9, p.3

¹⁰⁴⁷ Cass. Civ., 2 juil. 1900, D. 1901, p. 294 : « *la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie ne peut être restreinte par des conventions particulières que si ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu* ».

¹⁰⁴⁸ AMIEL-DONAT (J.) : « La légitimité de la clause de non-concurrence », CCC n°, 1992, p.1 ; JAMIN (C.) : « La clause de non-concurrence et contrat de franchise », D. 2003, p. 2878

¹⁰⁴⁹ SERRA (Y.) : « Les juges du fond doivent rechercher si la clause de non-concurrence, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'est pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat », D. 1995, p. 205

144. La prise en compte de la technicité du savoir-faire dans l'appréciation de la validité de la clause. Ainsi, le franchiseur devra au moment de la rédaction de la clause de non-concurrence veiller à ce que dans son contenu, la clause soit ajustée et proportionnée au but qu'elle poursuit. Pour apprécier la licéité de la clause de non-concurrence, le juge appréciera l'importance de l'intérêt légitime à protéger¹⁰⁵⁰, en prenant en compte la technicité du savoir-faire transmis¹⁰⁵¹. A titre d'exemple, en matière de distribution, et plus particulièrement au sujet du commerce alimentaire, les risques sont quasiment inexistant pour le franchiseur de voir son franchisé détourner le savoir-faire au profit d'un réseau concurrent, puisque pour les réseaux présents dans ce secteur d'activité, leur savoir-faire repose sur une organisation interne structurée. Or, en décidant de quitter le réseau du franchiseur ou lorsque le contrat de franchise arrivera à son terme, le franchisé ne bénéficiera plus de cette organisation¹⁰⁵². Dans ce cas-là, la validité d'une clause de non-concurrence serait difficilement admise dans la mesure où elle ne serait pas nécessaire afin de protéger un savoir-faire qui présente une faible technicité. Par ailleurs, le Cour de cassation exige que les juges du fond apprécient si la clause de non-concurrence est à la fois proportionnelle mais aussi nécessaire à la protection du savoir-faire. Ainsi, encourt la cassation l'arrêt qui décide de prononcer l'annulation d'une clause de non-concurrence sans avoir constaté qu'elle *n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat* »¹⁰⁵³. La Cour de cassation est venue préciser que « *la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise n'est subordonnée qu'à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat* »¹⁰⁵⁴. Il résulte donc de la jurisprudence que le caractère licite d'une clause de non-concurrence post-contractuelle ne saurait être reconnu si elle n'est limitée ni dans le temps, ni dans l'espace, et qu'elle interdit au franchisé d'exercer toute activité similaire sur l'ensemble du territoire

¹⁰⁵⁰ DEPINCE (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009, p. 259.

¹⁰⁵¹ CHEVRIER (E.) : « Franchisage : clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », D. 2010, p. 2357.

¹⁰⁵² JAMIN (C.) : « La clause de non-concurrence et contrat de franchise », D. 2003, p. 2878.

¹⁰⁵³ Cass. Com., 7 janv. 2004, n°02-17.091, D. 2005, p. 154 ; Cass. Com., 1^{er} juill. 2003, n°02-11.384,

¹⁰⁵⁴ Cass. Com., 24 nov. 2009, n°08-17.650.

national¹⁰⁵⁵. Il est donc impératif que le franchiseur veille à ce que la clause de non-concurrence soit limitée géographiquement au seul local ou terrains exploités par le franchisé afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée à sa liberté. Le franchiseur devra veiller à limiter l'étendue de la clause de non-concurrence au seul territoire qui a été effectivement exploité par son franchisé¹⁰⁵⁶. Ainsi, doit être déclarée nulle une clause de non-concurrence limitée à une durée d'une année et à un rayon de 30 kms autour du point de vente du franchisé, dans la mesure où selon les dispositions contenues au sein du règlement d'exemption, seules les clauses « *d'une durée d'un an, qui sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire* » sont valides¹⁰⁵⁷. Par ailleurs, la Cour a sanctionné un franchiseur n'ayant pas limité géographiquement sa clause de non-concurrence dans la mesure où : « *si le franchiseur se prévalait, d'un côté, d'un savoir-faire substantiel ayant donné lieu à la remise de manuels lors de la conclusion du contrat et, de l'autre, de la nécessité de protéger l'identité et la réputation du réseau et d'éviter le risque de détournement de clientèle, il ne précisait pas en quoi ces éléments justifiaient d'étendre la clause de non-concurrence à six départements* »¹⁰⁵⁸. La nullité de la clause de non-concurrence pourra être obtenue par le franchisé, si ce dernier arrive à démontrer que ladite clause n'est ni proportionnée, ni nécessaire à la protection du savoir-faire.

145. Des effets du prononcé de la nullité. La nullité de la clause de non-concurrence aura pour effet de considérer que ladite clause n'a jamais existé ce qui, pour le franchiseur, peut d'avoir une double conséquence en ce qui concerne la protection de son savoir-faire¹⁰⁵⁹. Tout d'abord, en étant réputée non écrite, le franchiseur ne pourra pas obtenir la condamnation du franchisé en cas de violation de son obligation de non-

¹⁰⁵⁵ CA. Paris., 21 juin 2017, n°15/15949 ; RIERA (A.) : « Conditions de validité de la clause restrictive de concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise », AJCA 2015, p. 92 ; BUCHER (C-E.) : « La proportionnalité de la clause de non-concurrence du franchiseur », LEDICO n°9, p.6, 1^{er} oct. 2017.

¹⁰⁵⁶ Cass. Com., 3 avril 2012, n°11-16.301, D. 2013, p. 732 obs. FERRIER (D.).

¹⁰⁵⁷ Cass. Com., 9 juin 2009, n°08-14.301 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Contrat de franchise et validité d'une clause de non-concurrence », CCC n°8-9, Août 2009, comm. 221

¹⁰⁵⁸ Cass. Com., 30 mars 2016, n°14-23.261.

¹⁰⁵⁹ INFOREG : « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », Cah. dr. entr. n°5, sept. 2008, prat. 20.

concurrence initiale¹⁰⁶⁰. De plus, en cas de nullité de la clause de non-concurrence, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que le juge du fond ne peut pas limiter les effets de cette nullité, ni même modifier la rédaction de la clause alors même que le franchiseur en ferait expressément la demande¹⁰⁶¹. Malgré l'abondance de la jurisprudence au sujet du régime de la clause de non-concurrence, il n'empêche que la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, a quelque peu modifié son régime.

146. L'impact de la loi du 6 août 2015 sur le régime des clauses de non-concurrence. La loi du 6 août 2015 dite loi Macron est venue apporter quelques modifications au régime des clauses de non-concurrence et plus particulièrement aux clauses ayant vocation à s'appliquer après l'exécution du contrat de franchise¹⁰⁶². Toutefois, il convient de rappeler qu'avant l'adoption définitive de cette loi, un amendement avait été inséré au projet de loi¹⁰⁶³, amendement qui prévoyait la création d'un nouveau titre au sein du Code de commerce, lequel aurait comporté un article L.340-2 posant le principe selon lequel : « *toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats (...), de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite* ». Le projet de loi visait donc à bannir les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelle des contrats de distribution, allant ainsi à l'encontre de la jurisprudence actuelle et des textes européens en vigueur dont le règlement d'exemption de 2010. A la suite des critiques formulées par la Fédération française de la franchise¹⁰⁶⁴, le projet de loi a reçu de nombreuses modifications.

¹⁰⁶⁰ COMERT (M.) : « Clause de non-concurrence post-contractuelle disproportionnée en matière de franchise : la nullité et rien d'autre », AJ contrat 2016, p. 306.

¹⁰⁶¹ Cass. Com., 30 mars 2016, n°14-23.261.

¹⁰⁶² MARCINKOWSKI (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », AJ contrat 2016, p. 16.

¹⁰⁶³ Amendement n°1681 présenté par Monsieur le Député BROTTES, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2498/AN/1681.asp>

¹⁰⁶⁴ Extrait du communiqué de presse de la Fédération Française de la Franchise du 3 février 2017 : « *Le projet de loi remet en cause ce qui est le fondement même de la franchise : le savoir-faire transmis par le franchiseur au franchisé, en interdisant au franchiseur de protéger efficacement son savoir-faire au moyen d'une clause de non-concurrence à la fin du contrat. Cette disposition est d'autant plus inappropriée que l'existence d'une telle clause est non seulement parfaitement reconnue en droit européen, mais également sanctionnée par nos tribunaux français quand elle ne se justifie pas par la nécessaire protection d'un savoir-faire procurant un avantage concurrentiel au franchisé. (...) La conséquence de cette nouvelle disposition qui empêcherait le franchiseur- à l'issue du contrat- de protéger pendant un an, d'une part le résultat de son innovation commerciale et d'autre part les membres de son réseau, puisqu'un ancien franchisé pourrait ainsi facilement concurrencer les franchisés du réseau qu'il quitte et mettre ce savoir-faire acquis au profit d'un réseau*

La loi a donc inséré au sein du Livre III du Code de commerce, un Titre IV intitulé « *des réseaux de distribution commerciale* » comportant deux articles, applicable aux contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi¹⁰⁶⁵. Ainsi le I. de l'article L. 341-2 du Code de commerce dispose que « *toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1¹⁰⁶⁶, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite* ». A première vue, cet article semble désormais interdire au franchiseur d'insérer dans le contrat une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelle puisqu'elles ont pour objet de restreindre la liberté d'exercice d'une activité commerciale par le franchisé. Toutefois, le II. de l'article L.341-2 du Code de commerce pose une exception en indiquant que « *ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes : 1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I. 2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I. 3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I. 4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article l.341-1* ». En définitive, si le projet de loi prévoyait de révolutionner le contenu des contrats de franchise notamment en interdisant pour le franchiseur d'insérer une clause de non-concurrence post-contractuelle¹⁰⁶⁷, le texte adopté par le Parlement et aujourd'hui codifié aux articles L. 341-1 et L. 341-2 du Code de commerce, ne fait que consacrer en droit français, les solutions retenues par la jurisprudence et par les différents textes européens. Par

concurrent. Ce serait à terme la fin de la franchise et l'avènement du succursalisme, les franchiseurs n'étant plus encouragés à investir et les franchisés n'étant plus garantis de bénéficier d'un savoir-faire réservé aux seuls membres du réseau (...) ».

¹⁰⁶⁵ GRIMALDI (C.) : « De l'application dans le temps de l'article L.341-2 du Code de commerce », LEDICO mai 2020, n°112z5, p.3.

¹⁰⁶⁶ Art. L. 341-1 du Code de commerce : « *L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article l.330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune (...)* ».

¹⁰⁶⁷ Amendement n°1681 présenté par Monsieur le Député BROTTE, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2498/AN/1681.asp>

ailleurs, comme le souligne un auteur, l'article L. 341-2 du Code de commerce semble consacrer la jurisprudence rendue au sujet de l'étendue des pouvoirs du juge dans la mesure où celui-ci ne peut modifier de sa propre initiative une clause de non-concurrence illicite¹⁰⁶⁸.

147. La clause de non-concurrence, constitutive d'une atteinte disproportionnée au droit de propriété du franchisé ? Depuis le revirement de jurisprudence¹⁰⁶⁹ opéré par le célèbre arrêt *Trévisan*¹⁰⁷⁰, la Cour de cassation a admis qu'un franchisé puisse jouir d'une clientèle locale qui lui est propre. En effet, la Haute juridiction a affirmé que « *si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls (...)* »¹⁰⁷¹. Or, la présence d'une clause de non-concurrence au sein d'un contrat de franchise conduit à s'interroger sur la compatibilité d'une telle clause avec le droit qui est reconnu au franchisé d'être titulaire d'une clientèle locale et donc de pouvoir en disposer librement¹⁰⁷². En effet, une partie de la doctrine considère que la clause de non-concurrence constitue une atteinte disproportionnée au droit de propriété « *dès lors qu'on reconnaît au distributeur la propriété de la clientèle du fonds qu'il exploite, ou, tout au moins, (...), d'une partie de cette clientèle, on ne peut admettre la validité d'une clause de non-concurrence qui l'en exproprierait au profit du nouveau distributeur désigné par le concédant ou le franchiseur* »¹⁰⁷³. L'auteur ajoute que « *l'on peut objecter que seule la clause de non-concurrence permet d'éviter l'utilisation du savoir-faire du franchiseur par l'ancien franchisé, ou par un concurrent du*

¹⁰⁶⁸ COMERT (M.) : « Clause de non-concurrence post-contractuelle disproportionnée en matière de franchise : la nullité et rien d'autre », AJ contrat 2016, p. 306.

¹⁰⁶⁹ T. com. Paris., 18 sept. 1986, D. 1988, p. 23.

¹⁰⁷⁰ Civ. 3^e, 27 mars 2002, JCP (G) 2002, III, 10112, note F. AUQUE.

¹⁰⁷¹ Cass. Com., 9 oct. 2007, n°05-14.118.

¹⁰⁷² FERRIER (D.) : « N'est pas manifestement licite la clause de non-concurrence prévue en cas de résiliation d'un contrat de franchise ». D. 1997, p.59.

¹⁰⁷³ LE TOURNEAU (P.) : « Les contrats de franchisage », Litec, 2^e éd., 2007, n°691.

franchiseur auquel se rallierait désormais l'ancien franchisé. A cela, il convient de répondre tout d'abord que le savoir-faire est en principe « périodiquement recyclé », de sorte que les connaissances maîtrisées par l'ancien franchisé risquent d'être rapidement périmées, et ensuite, en admettant une certaine permanence du savoir-faire transmis, que le danger est peut-être plus grand de voir le franchisé transmettre, inutile pour lui, à un concurrent que de le voir l'utiliser lui-même. La sanction serait plus facile à mettre en œuvre dans le second cas que dans le premier ». Dans le prolongement de cette idée, la Cour d'appel de Paris a considéré¹⁰⁷⁴, que la clause de non-concurrence post-contractuelle ne pouvait être opposable au franchisé, dans la mesure où les parties au contrat avaient intégré un avenant reconnaissant le droit de propriété du franchisé sur sa clientèle locale¹⁰⁷⁵. Pour la Cour, l'obligation de non-concurrence était incompatible avec le contenu même de l'avenant. Elle est donc déclarée inopposable au motif que *« son application pendant une année conduirait à l'impossibilité pour l'ex-franchisé d'exploiter durant cette période sa cliente locale »*, ce qui est pour la Cour en contradiction avec : *« l'avenant qui consacre le droit de propriété du franchisé sur la clientèle locale »*. Mais cette décision ne doit pas être interprétée comme remettant en cause le principe de validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles au sein des contrats de franchise. En effet, la solution rendue par la Cour s'impose du fait d'une contradiction des stipulations contractuelles entre, d'une part, la clause de non-concurrence et, d'autre part, la présence de l'avenant insérant une clause au contrat précisant que *« le franchisé est propriétaire de sa cliente locale, avec laquelle il a traité ou il traitera à l'avenir »*¹⁰⁷⁶. Mais surtout la Cour d'appel prononce la nullité de la clause de non-concurrence puisqu'outre cette contradiction, ladite clause était, d'une part, disproportionnée, et, d'autre part, n'était pas indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur. En définitive, il n'existe aucune incompatibilité entre le droit reconnu au franchisé d'être titulaire de sa propre clientèle, et la clause de non-concurrence post-contractuelle dès lors que cette dernière est à la fois proportionnée et nécessaire à la protection du savoir-faire.

¹⁰⁷⁴ CA. Paris., 13 déc. 2017, n°13/12625

¹⁰⁷⁵ MARTIN (A-N.) : « Franchise : titularité de la clientèle locale et opposabilité de la clause de non-concurrence post-contractuelle », LEDICO, mars 2018, p. 2.

¹⁰⁷⁶ CA. Paris., 13 déc. 2017, n°13/12625

Si la clause de non-concurrence vise, avant toute chose, à protéger le savoir-faire, elle constitue une clause manifestement plus attentatoire à la liberté du commerce du franchisé que la clause de non-réaffiliation également présente au sein des contrats de franchise¹⁰⁷⁷.

Paragraphe II : La clause de non-réaffiliation

148. Une clause moins attentatoire à la liberté de commerce du franchisé. *A priori*, l'obligation de non-concurrence et l'obligation de non-réaffiliation semblent être identiques dans la mesure où elles visent toutes les deux à protéger le savoir-faire du franchiseur en venant limiter la liberté de commerce du franchisé. Toutefois, par un arrêt de principe du 28 septembre 2010, la Cour de cassation est venue apporter des précisions au sujet de ces deux clauses permettant de mieux les différencier. A travers cet arrêt, la Cour affirme que « *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* »¹⁰⁷⁸. Alors que la clause de non-concurrence vise à limiter la liberté du franchisé d'exercer une activité semblable à celle du franchiseur, la clause de non-réaffiliation ne vise quant à elle qu'à restreindre la possibilité pour le franchisé de s'affilier à un réseau concurrent¹⁰⁷⁹. Ainsi, la clause de non-réaffiliation, qui est insérée au contrat de franchise, est moins restrictive que la clause de non-concurrence dans la mesure où elle ne vise pas à interdire au franchisé de poursuivre une activité commerciale identique, mais à éviter que le franchisé adhère à un réseau concurrent¹⁰⁸⁰. C'est donc l'objet même de la clause de non-réaffiliation qui permet

¹⁰⁷⁷ LECOURT (A.) : « Proportionnalité et nécessité de la clause de non-réaffiliation », AJ contrat 2018, p. 44 ; LUCAS-PUGET (A-N.) : « La clause de non-réaffiliation », CCC n°10, oct. 2013, form. 11 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Une clause de non-concurrence n'est pas une clause de non-réaffiliation », CCC n°12, déc. 2010, comm. 271 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », JCP E n°25, 21 juin 2012, p. 1402.

¹⁰⁷⁸ Cass. Com., 28 sept. 2010, n°09-13.888 ; DISSAUX (N.) : « La spécificité de la clause de non-réaffiliation », JCP E n°43, 28 oct. 2010, p.1943.

¹⁰⁷⁹ CHEVRIER (E.) : « Non-concurrence vs non-réaffiliation ; droit des contrats vs droit de la concurrence », Dalloz actualité, 1^{er} mars 2011 ; BENSOUSSAN (H.) : « La clientèle au franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-concurrence » D. 2001, p. 2498 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : Clause de non-réaffiliation », JCP E n°12, 22 mars 2012, p. 1205.

¹⁰⁸⁰ CHEVRIER (E.) : « Franchisage : clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », D. 2010, p. 2357.

de la différencier de la clause de non-concurrence¹⁰⁸¹, dans la mesure où l'ancien franchisé peut exercer une activité similaire à celle du franchiseur à condition toutefois de ne pas adhérer à un réseau concurrent pour l'exercer¹⁰⁸². La clause de non-réaffiliation présente ainsi « *un caractère spécifique qui la différencie de la clause de non-concurrence en ce qu'elle ne vise pas à interdire au franchisé d'exercer toute activité pendant une durée déterminée et dans un espace donné mais préserve au contraire la possibilité pour celui-ci de maintenir son activité sans le recours à une enseigne renommée concurrente dans une limite de temps et d'espace* »¹⁰⁸³.

149. Le régime de la clause de non-réaffiliation calqué sur celui de la clause de non-concurrence. A l'instar de la clause de non-concurrence, le recours à la clause de non-réaffiliation au sein du contrat de franchise s'explique par la préoccupation pour le franchiseur de protéger son savoir-faire de manière optimale¹⁰⁸⁴. Ainsi, la légitimité du choix d'insérer une clause de non-réaffiliation dans le contrat de franchise, résulte de la nécessité de protéger le savoir-faire¹⁰⁸⁵. Si la clause de non-réaffiliation et la clause de non-concurrence ont pour finalité de protéger le savoir-faire par des effets qui leur sont propres¹⁰⁸⁶, la Cour de cassation a néanmoins fait le choix, depuis quelques années, de calquer le régime de la clause de non-réaffiliation sur celui de la clause de non-concurrence¹⁰⁸⁷. D'ailleurs, l'article L. 341-2 du Code de commerce issu de la loi du 6 août 2015 semble consacrer la position retenue par la Cour de cassation puisqu'il fait référence à toutes les clauses restrictives de concurrence sans pour autant en dresser une liste limitative¹⁰⁸⁸. Ainsi, la clause de non-réaffiliation sera considérée comme licite si elle respecte les mêmes conditions cumulatives que celles imposées à la clause de non-concurrence, à savoir : être limitée dans le temps et dans l'espace, être proportionnée aux

¹⁰⁸¹ DEPINCE (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009, p. 259.

¹⁰⁸² LECOURT (A.) : « Proportionnalité et nécessité de la clause de non-réaffiliation », AJ contrat 2018, p. 44.

¹⁰⁸³ CA. Versailles., 31 janv. 2007, RG n°06/7909.

¹⁰⁸⁴ LECOURT (A.) : « Proportionnalité et nécessité de la clause de non-réaffiliation », AJ contrat 2018, p. 44.

¹⁰⁸⁵ GRIMALDI (C.) : « De quelques précisions relatives à la validité des clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-réaffiliation », RDC 2015, n°1, p. 70,

¹⁰⁸⁶ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Le régime de la clause de non-réaffiliation est calquée sur la clause de non-concurrence », CCC n°3, mars 2008, comm. 71 ;

¹⁰⁸⁷ Cass. Com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, Bull. civ. IV, n°17.

¹⁰⁸⁸ BUCHER (C-E.) : « La nécessaire limitation dans l'espace de la clause de non-réaffiliation », LEDICO, n°8 p.5, 1^{er} sept. 2017.

intérêts à protéger¹⁰⁸⁹. L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs affirmé que « *dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce en compromettant sa rentabilité, la clause de non-réaffiliation peut valablement être assimilée à une clause de non-concurrence* »¹⁰⁹⁰. Si les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence sont objectivement différentes, la jurisprudence n'a pas hésité à aligner leurs régimes. Ainsi, la clause de non-réaffiliation devra comme pour la clause de non-concurrence être nécessaire à la protection d'un savoir-faire à la fois substantiel, spécifique et secret¹⁰⁹¹. Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que la clause de non-réaffiliation se doit de respecter les principes de proportionnalité et de nécessité puisque « *l'article 3, paragraphe 1, c) du règlement CE n°4087/88 de la Commission des Communautés européennes concernant l'application de l'article 81 du Traité, à des catégories d'accord de franchise permet d'imposer au franchisé l'obligation de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, dans la mesure où cette obligation est nécessaire pour protéger des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau franchisé. Ayant retenu que la clause de non-réaffiliation imposée au franchisé n'interdisait pas la poursuite d'une activité commerciale identique et se trouvait limitée dans le temps et dans l'espace, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, qui a constaté que la décision arbitrale était motivée, a retenu que cette clause ne violait aucune règle d'ordre public* »¹⁰⁹². Le franchisé dispose ainsi de la liberté d'exercer une activité similaire à celle qu'il exerçait par le biais du contrat de franchise, mais en dehors de tout

¹⁰⁸⁹ LECOURT (A.) : « Proportionnalité et nécessité de la clause de non-réaffiliation », AJ contrat 2018, p. 44 ; CHEVRIER (E.) : « Franchisage : proportionnalité d'une clause de non-réaffiliation », D. 2012, p. 1119 ; GRIMALDI (C.) : « Une clause de non-réaffiliation limitée dans le temps et dans l'espace, justifiée et proportionnée aux intérêts du créancier, n'a pas à être rémunérée », RDC, 1^{er} juill. 2012, n°3, p. 873 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Appréciation du caractère proportionnée d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise », CCC n°3, mars 2008, comm. 75 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Appréciation de la proportionnalité d'une clause de non-réaffiliation », CCC n°10, oct. 2012, comm. 230.

¹⁰⁹⁰ Aut. conc., décision n°11-D-03 du 15 févr. 2011 « *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros et des fruits et légumes produits de la mer frais* », RLDA 2011/59, n°333, obs. LECOURT (A.).

¹⁰⁹¹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Le régime de la clause de non-réaffiliation est calqué sur celui de la clause de non-concurrence », CCC n°3, mars 2008, comm. 71.

¹⁰⁹² Cass. Com., 17 janv. 2006, n°03-12.382 ; CHEVRIER (E.) : « Licéité d'une clause de non-réaffiliation d'un franchisé », D. 2006, p. 498.

réseau de franchise¹⁰⁹³. Etant donné que le régime de la clause de non-réaffiliation est calqué sur celui de la clause de non-concurrence, les solutions prononçant la nullité de cette dernière, sont également applicables au sujet de la clause de non-réaffiliation¹⁰⁹⁴. La clause doit être limitée dans l'espace avec précision sous peine de voir sa licéité remise en cause¹⁰⁹⁵. En effet, la Cour de cassation a confirmé un arrêt dans lequel la Cour d'appel avait « *relevé, sans dénaturation, que l'étendue géographique à laquelle faisait référence la clause de non-réaffiliation n'était pas déterminée faute de définition de la zone de chalandise, la cour d'appel, qui a retenu que cette clause, non limitée dans l'espace, n'était pas valable, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* »¹⁰⁹⁶. La clause de non-réaffiliation ne sera considérée comme illicite si elle vise à protéger un savoir-faire d'une faible technicité, dans la mesure où elle n'est pas indispensable à la protection dudit savoir-faire¹⁰⁹⁷. En effet, un contrat de franchise qui comporterait une clause de non-réaffiliation interdisant au franchisé de se réaffilier à une enseigne concurrente, mais surtout de vendre des produits de marque distributeurs, constituerait une atteinte à la liberté de commerce du franchisé dans la mesure où la clause serait disproportionnée par rapport à sa finalité qui n'est autre que la protection du savoir-faire¹⁰⁹⁸. La Cour d'appel de Paris a précisé que la clause de non-réaffiliation ne saurait satisfaire à l'exigence de proportionnalité lorsque la « *clause interdirait de fait à l'ex-franchisé de poursuivre son activité dans des conditions suffisamment rentables* »¹⁰⁹⁹. Au final, la clause de non-réaffiliation est valable à condition qu'elle offre la possibilité au franchisé d'exercer de manière individuelle une activité similaire à celle qu'il exerçait lorsqu'il appartenait au réseau du franchiseur¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹³ Com 31 janv. 2012, n°11-11.071, CCC, 2012, comm 83.

¹⁰⁹⁴ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Nullité d'une clause de non-réaffiliation », CCC n°12, déc. 2014, comm. 269 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Distribution alimentaire : nullité d'une clause de non-réaffiliation », CCC n°3, Mars 2013, comm. 53.

¹⁰⁹⁵ DECOCQ (G.) : « Accord de distribution : la clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut s'étendre aux territoires concédés », CCC n°4, Avril 2013, comm. 83

¹⁰⁹⁶ Cass. Com., 8 juin 2017, n°15-27.146.

¹⁰⁹⁷ Cass. Com., 16 sept. 2014, n°13-18.710.

¹⁰⁹⁸ PECNARD (C.) : « Commerce alimentaire de proximité : pas de savoir-faire justifiant une clause de non-affiliation post-contractuelle », AJ contrat 2014, p. 390.

¹⁰⁹⁹ CA. Paris. 16 nov. 2017, n°16/16213.

¹¹⁰⁰ BUCHER (C-E.) : « La nécessaire limitation dans l'espace de la clause de non-réaffiliation », LEDICO, n°8 p.5, 1^{er} sept. 2017.

Enfin, le franchiseur peut, en dehors des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation, protéger son savoir-faire en ayant recours à une clause de confidentialité.

Paragraphe III : La clause de confidentialité post-contractuelle

150. La préservation de la valeur commerciale du savoir-faire à travers la clause de confidentialité. La clause de confidentialité réservée généralement au contrat de travail, se retrouve aussi au sein des contrats d'affaires et notamment du contrat de franchise afin de permettre au franchiseur de préserver la valeur commerciale de son concept¹¹⁰¹. Il convient de rappeler que le savoir-faire est un bien économique qui, par définition, dispose d'une valeur marchande puisqu'il n'est connu que par une minorité d'individus¹¹⁰². Pour maintenir le secret autour de son savoir-faire et en raison de l'absence jusqu'à encore très récemment de dispositions légales destinées à protéger les secrets d'affaires dont le savoir-faire, le franchiseur n'avait d'autre choix que d'imposer à ses franchisés une obligation de confidentialité¹¹⁰³. A l'instar de la clause de non-concurrence, la clause de confidentialité peut être présente au sein du contrat de franchise sous différents intitulés, tel que clause de secret¹¹⁰⁴ ou de discrétion¹¹⁰⁵. Concrètement, l'obligation de confidentialité vise à interdire au franchisé de divulguer et de communiquer à des tiers des informations qui lui ont été transmises par le franchiseur au cours de l'exécution du contrat de franchise¹¹⁰⁶. En insérant une clause de confidentialité au sein du contrat de franchise, le franchiseur cherche à protéger des informations stratégiques c'est-à-dire les informations portant directement sur le savoir-faire en évitant toute divulgation à des tiers au contrat, qui pourraient être des concurrents¹¹⁰⁷. L'exigence d'une confidentialité autour du savoir-faire est indispensable dans la mesure où, pour reprendre l'expression employée par un auteur, la confidentialité

¹¹⁰¹ GARINOT (J-M.) : « Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière », Gaz. pal. N°345, p.9, 11 déc. 2014.

¹¹⁰² SAUTTER (L.) : « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », AJCA 2015, p. 350.

¹¹⁰³ LUCAS-PUGET (A-S.) : « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

¹¹⁰⁴ VIRASSAMY (G.) : « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD. Com., 1988, p. 179.

¹¹⁰⁵ LUCAS-PUGET (A-S.) : « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

¹¹⁰⁶ SASSOLAS (D.) : « La durée des clauses de confidentialité », RTD Com. 2015, p. 625.

¹¹⁰⁷ HAAS (G.), FALCONIERI (E.), O'RORKE (W.) : « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », IP/IT 2017, p. 313 ; CASEAU-ROCHE (C.) : « La clause de confidentialité », AJCA 2014, p. 119.

relève de l'essence même de la vie entrepreneuriale¹¹⁰⁸. En effet, à travers la clause de confidentialité, le franchiseur cherche à garantir la protection d'informations confidentielles qu'il sera amené à échanger avec son franchisé, aussi bien au cours des négociations, que pendant l'exécution du contrat¹¹⁰⁹. La confidentialité constitue une garantie pour le franchiseur de pouvoir exploiter sereinement son savoir-faire, puisqu'en imposant une telle obligation à ses franchisés, le franchiseur réduit le risque de voir ces derniers divulguer à des tiers les éléments constitutifs de son concept¹¹¹⁰. Toutefois, la clause de confidentialité n'aura un réel intérêt que si elle est destinée à protéger un véritable secret, ce qui ne saurait être le cas si elle porte sur des connaissances déjà connues par le franchisé ou par un tiers¹¹¹¹. Par ailleurs, la Commission européenne a eu l'occasion d'affirmer à travers sa décision dite *Computerland* que « les anciens franchisés (...) sont expressément autorisés à continuer d'utiliser les innovations ou améliorations qu'ils ont apportées et dont il peut être démontré qu'elles sont séparables du système *Computerland* »¹¹¹². Dans la pratique, l'obligation de confidentialité met à la charge du franchisé, une obligation de ne pas faire, pouvant être assimilée à une obligation de résultat. Ainsi, la simple divulgation d'une information par le franchisé constituera la preuve d'un manquement de celui-ci à son obligation de résultat¹¹¹³. Il est par ailleurs conseillé au franchiseur d'insérer une clause pénale, dans la mesure où il sera particulièrement difficile pour le juge de lui attribuer des dommages et intérêts permettant de réparer intégralement le préjudice subi par celui-ci du fait de la divulgation par le franchisé d'informations confidentielles¹¹¹⁴. En effet, comme vu précédemment, la violation même légère de l'obligation de confidentialité peut aboutir à une situation quasi-irréversible, celle de la diffusion des éléments constitutifs du savoir-faire à l'extérieur du réseau¹¹¹⁵. Cette divulgation entraînera mécaniquement une dépréciation du savoir-faire,

¹¹⁰⁸ HAAS (G.) : « Les enjeux et protection de la confidentialité dans les opérations IP/IT », IP/IT 2017, p. 311

¹¹⁰⁹ TESTU (F-X.) : « Clauses de confidentialité », Dalloz référence Contrats d'Affaires, Chapitre n°61.

¹¹¹⁰ MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.) : « Analyse économique du droit », Dalloz, 2008, n°995 s. p. 270 s.

¹¹¹¹ DEPINCE (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009, p. 259.

¹¹¹² Décision du 13 juillet 1987 ; v. BENSOUSSAN (H.) : « *Le droit de la franchise* », Apogée 1999, p. 186 pour une critique d'une telle position ; v. KENFACQ (H.) : « *La franchise internationale* », Thèse, Toulouse I, 1996, p. 59 pour une prise de position favorable.

¹¹¹³ LUCAS-PUGET (A-S.) : « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

¹¹¹⁴ LUCAS-PUGET (A-S.) : « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

¹¹¹⁵ V. *supra* n°108 et s.

dépréciation que le franchiseur doit être capable de quantifier afin d'obtenir la réparation de son préjudice. Or, la clause pénale peut aider le franchiseur à obtenir une indemnisation plus juste de son préjudice. Par ailleurs, si la clause de confidentialité venant à s'appliquer pendant toute la durée du contrat de franchise ne suscite guère d'interrogations, la situation est différente lorsque la clause a pour effet d'imposer au franchisé une obligation de confidentialité après l'arrivée à terme du contrat de franchise¹¹¹⁶. En raison du principe de prohibition des engagements perpétuels récemment consacré à l'article 1210 du Code civil¹¹¹⁷, *a priori* le franchiseur ne peut imposer au franchisé une obligation de confidentialité à durée indéterminée. Cependant, la Chambre commerciale s'était prononcée, dans un arrêt assez ancien, sur la validité d'une clause de confidentialité post-contractuelle en admettant par ailleurs, que ladite clause puisse être illimitée dans le temps à condition de ne pas porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie du franchisé¹¹¹⁸. Si cet arrêt semble autoriser la présence d'une clause de confidentialité post-contractuelle à durée infinie, les doutes quant au maintien de cette solution sous l'empire du nouvel article 1210 incitent à la prudence. Par conséquent, le franchiseur devra limiter la durée de la clause de confidentialité soit, à une période de dix années à compter du terme du contrat, soit, à un événement précis à savoir lorsque les éléments constitutifs du savoir-faire tomberont dans le domaine public¹¹¹⁹. D'ailleurs, si le franchiseur fait le choix de ne pas intégrer une telle clause au sein du contrat de franchise, il pourra toujours agir à l'encontre de son franchisé, non pas sur le terrain de la responsabilité contractuelle, mais en cherchant à faire engager sa responsabilité délictuelle à travers une action en concurrence déloyale. Par ailleurs, le franchiseur devra également veiller à soumettre ses partenaires commerciaux, par exemple ses fournisseurs à une telle obligation puisque ces derniers peuvent, dans l'exécution de leurs prestations, prendre connaissance de certains éléments constitutifs du savoir-faire¹¹²⁰. De son côté, le franchisé peut décider de protéger le savoir-faire qui lui a été transmis, en soumettant ses

¹¹¹⁶ MOUSSERON (J-M.) : « Secret et contrat. De la fin de l'un à la fin de l'autre, Ecrits en hommage à Jean Foyer », 1997, p. 257 et s.

¹¹¹⁷ Art. 1210 du Code civil : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

¹¹¹⁸ Cass. Com., 2 avr. 1979, RTD Civ, 1979, p. 812, obs. G. CORNU ;

¹¹¹⁹ GARINOT (J-M.) : « Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière », Gaz. pal. N°345, p.9, 11 déc. 2014.

¹¹²⁰ BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJCA 2015, p. 346.

salariés à une obligation de confidentialité qui, sans limiter leur liberté de travail¹¹²¹, vise à protéger les informations communiquées par le franchisé sur les éléments constitutifs du savoir-faire tout au long de l'exécution du contrat de travail¹¹²². En faisant le choix d'insérer une clause de confidentialité au sein du contrat de franchise, le franchiseur doit garder à l'esprit que cette clause ne permettra de protéger de manière efficace son savoir-faire, qu'à la condition qu'il rédige la clause la plus précise qu'il soit.

151. La rédaction de la clause de confidentialité soumise à la plus grande minutie. Le contrat de franchise repose sur l'exploitation d'un savoir-faire qui, par définition, regroupe un ensemble d'informations ou de connaissances à la fois substantielles, identifiées et secrètes¹¹²³. En raison de la place prédominante du savoir-faire au sein du contrat de franchise, mais aussi de l'importance de sa valeur marchande, la protection du savoir-faire constitue une préoccupation majeure pour le franchiseur afin d'assurer la pérennité de son réseau. Par conséquent, il est impératif que le franchiseur veille, tout comme pour les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation, à rédiger une clause de confidentialité qui soit la plus précise possible, notamment en identifiant les informations qui seront considérées par les parties comme étant confidentielles¹¹²⁴. Le risque est en effet grand pour le franchiseur de voir une juridiction refusée de mettre en œuvre la clause de confidentialité en raison de son imprécision. Cette imprécision peut résulter du fait que la clause ne distingue pas parmi l'ensemble des informations que le franchiseur aura communiqué à son franchisé, celles qui doivent être considérées comme confidentielles¹¹²⁵. Toutefois, si le franchiseur décide de rédiger une clause de confidentialité en dressant une liste des informations considérées comme confidentielles, le franchiseur ne doit pas oublier une seule d'entre elles, sous peine d'être dans l'impossibilité de pouvoir obtenir la

¹¹²¹BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJCA 2015, p. 346.

¹¹²²GARINOT (J-M.) : « Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière », Gaz. Pal. N°345, p.9, 11 déc. 2014.

¹¹²³ANCELIN (O.) et DE BAKKER (F.) : « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA 2015, p. 333

¹¹²⁴LUCAS-PUGET (A-S.) : « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

¹¹²⁵LOISEAU (G.) : « La clause de confidentialité n'est efficace que si elle est précise », CCC, déc. 2015, comm. n°3 ; TGI. Nanterre., 2 oct. 2014, Sté Digitre c/ Sté Neo Avenue et M.N.

condamnation du franchise¹¹²⁶. Si certains auteurs ont proposé différentes formulations de clauses, en prenant en compte les exigences dégagées par la jurisprudence¹¹²⁷, l'adoption de la loi du 30 juillet 2018, portant transposition de la directive européenne relative à protection des savoir-faire et des secrets d'affaire du 8 juin 2016, conduit à s'interroger sur le devenir des clauses de confidentialité au sein des contrats de franchise.

152. L'impact de la loi du 30 juillet 2018 sur le régime de la clause de confidentialité. La directive insiste longuement dans ses propos introductifs sur l'importance du savoir-faire au sein du marché intérieur qu'elle n'hésite pas à qualifier comme étant « *la monnaie de l'économie de la connaissance* » puisqu'elle confère un avantage concurrentiel aux entreprises qui en sont les détentrices. La directive considère que le savoir-faire jouit d'une valeur commerciale dès lors que son obtention, son utilisation ou encore sa divulgation illicite sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts du « *détenteur de secrets d'affaires* »¹¹²⁸, autrement dit au franchiseur. L'atteinte sera préjudiciable pour les intérêts économiques du franchiseur mais également pour sa position sur le marché. Compte tenu de l'importance sur le plan économique du savoir-faire et des retombées économiques qu'il a pour le franchiseur, ce dernier cherche à s'approprier les résultats de l'exploitation de son concept, en ayant recours à différents moyens de protection. Mais le franchiseur peut décider de protéger son savoir-faire en restreignant et en protégeant l'accès aux informations composant le savoir-faire et qui permettent à ce dernier de disposer d'une valeur commerciale. La confidentialité permet ainsi au franchiseur de pouvoir tirer profit de son savoir-faire et de jouir d'un avantage concurrentiel. Malgré tout, si le secret constitue l'une des formes de protection la plus utilisée en droit des affaires, le secret d'affaire est peu protégé contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite par des tiers au sein de l'Union européenne. Ainsi, l'un des objectifs affichés par la directive, consiste à adopter « *des règles pour rapprocher les droits des Etats membres de façon à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas*

¹¹²⁶ LUCAS-PUGET (A-S.) : « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

¹¹²⁷LEGEAIS (D.) : « La franchise », JCP N, n°27, 3 Juillet 1992, 100982 ; TESTU (F-X.) : « Clauses de confidentialité », Dalloz référence Contrats d'Affaires, Chapitre n°61.

¹¹²⁸Art. 2 de la directive : « *détenteur de secrets d'affaires* », toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite.

d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaire ». Au vu des objectifs affichés par la directive, certains auteurs considèrent que le recours systématique au contrat par le franchiseur pour protéger son savoir-faire semble être révolu pour deux raisons. Premièrement, l'instauration dans le Code civil d'un devoir légal de confidentialité au cours de la phase de négociation semble dispenser le franchiseur de soumettre le franchisé à une telle obligation par le biais d'une clause de confidentialité. Deuxièmement, la transposition de la directive européenne en droit français se traduisant par l'adoption d'un certain nombre de mesures, permettra au franchiseur de sanctionner sur le plan civil : « *l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite du secret d'affaires* »¹¹²⁹. Par ailleurs, si le principal apport de la directive est de donner une définition assez précise du secret des affaires, définition reprise dans ses grandes lignes par le nouvel article L. 151-1 du Code de commerce¹¹³⁰, toujours est-il que les franchiseurs continueront à intégrer dans leur contrat une clause de confidentialité. En effet, l'article L. 151-1 du Code de commerce indique qu'est « *protégée au titre du secret des affaires toute information présentant l'ensemble des caractéristiques suivantes : 1° elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de cette catégorie d'information ; 2° elle revêt une valeur commerciale parce qu'elle est secrète ; elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en conserver le secret* ». Si cet article reprend quasi à l'identique les termes utilisés par la directive, elle-même inspirée par l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)¹¹³¹, il n'empêche qu'appliquée au contrat de franchise, cette disposition n'appelle pas le franchiseur à abandonner le recours au contrat pour protéger son savoir-faire, mais bien à prendre toutes les mesures de protections raisonnables pour en conserver le secret¹¹³². Par ailleurs, rédigé de la sorte, l'article laisse sous-entendre que le franchiseur ne pourra bénéficier des mesures de protections adoptées par la loi du 30 juillet 2018 qu'à la condition qu'il est préalablement

¹¹²⁹LUCAS-PUGET (A-S.) : « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

¹¹³⁰JANUEL (P.) : « Secret des affaires : le groupe En Marche dépose sa proposition de loi », Dalloz Actualité, 20 fév. 2018.

¹¹³¹Accord annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce en date du 15 avril 1994.

¹¹³²DELPECH (X.) : « Une proposition de loi visant à transposer la directive secret des affaires », AJ contrat 2018, p. 100.

mis en place toute une série de mesures destinées à protéger son savoir-faire et notamment les informations secrètes qu'il comporte. Le régime de protection instauré par la loi du 30 juillet 2018 vient ainsi en complément des outils dont dispose le franchiseur afin de protéger son savoir-faire, au premier rang desquels figure le contrat de franchise.

CONCLUSION CHAPITRE 1

Afin de préserver la valeur commerciale de son savoir-faire et d'assurer la pérennité de son réseau, le franchiseur se doit de prendre toutes les mesures qui s'imposent, avant même d'émettre les éléments constitutifs du savoir-faire à destination de ses futurs franchisés. Pour ce faire, il devra identifier toutes les menaces susceptibles de porter atteinte à son savoir-faire et adopter des mesures de protection voire de dissuasion adéquates. En pratique, cette protection préventive du savoir-faire s'articulera autour de deux grands axes.

Tout d'abord, le franchiseur aura recours aux solutions dégagées par la jurisprudence ainsi qu'à certaines dispositions législatives pour protéger son savoir-faire au cours d'évènements qui pourront affecter la vie du réseau et de ses membres. Il s'agira, pour le franchiseur, de prévenir une divulgation du contenu de son savoir-faire, lors de la période de négociations du contrat de franchise, des opérations de transmission universelle de patrimoine, ou encore lors de la cession du contrat de franchise, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire.

Ensuite, le franchiseur doit protéger son savoir-faire du franchisé lui-même. Pour cela, il aura recours au contrat de franchise en y insérant un arsenal de clauses qui viendront imposer au franchisé un certain nombre d'obligations aussi bien pendant la phase d'exécution du contrat, que pour la période post-contractuelle. Ces clauses peuvent ainsi avoir pour effet d'interdire de divulguer les éléments constitutifs du savoir-faire à un tiers du réseau, ou de restreindre la possibilité pour le franchisé d'adhérer à un réseau concurrent, ou d'exercer une activité concurrente à celle du franchiseur pendant une durée limitée. Mais ces différentes clauses ne seront valables que si le franchiseur est capable de démontrer qu'elles sont indispensables à la protection de son savoir-faire. De plus, ces obligations post-contractuelles devront être limitées dans le temps et/ou dans l'espace afin de ne pas porter une atteinte démesurée à la liberté du commerce du franchisé. Dans le cas contraire, le franchisé serait en droit de solliciter le prononcé de la nullité de la clause litigieuse.

Si le contrat de franchise constitue l'outil par excellence permettant une protection efficace du savoir-faire, le franchiseur pourra avoir recours, dans une moindre mesure, à certaines dispositions issues du droit de la propriété intellectuelle.

Chapitre 2 : La protection du savoir-faire par le droit de la propriété intellectuelle

153. L'impossibilité pour le franchiseur d'utiliser le droit de la propriété intellectuelle pour protéger directement son savoir-faire. Si le contrat de franchise constitue un rouage essentiel du dispositif de protection du savoir-faire sur le plan civil¹¹³³, il cohabite au sein de ce dispositif avec d'autres moyens de protection¹¹³⁴. Dans un premier mouvement de l'esprit, le franchiseur pourrait vouloir recourir aux mécanismes issus du droit de la propriété intellectuelle afin d'assurer une protection accrue de son savoir-faire¹¹³⁵. Néanmoins, à l'analyse, le recours au droit de la propriété intellectuelle ne pourra assurer qu'une protection indirecte au savoir-faire, en raison du caractère nécessairement secret de ce dernier¹¹³⁶. Autrement dit, l'impératif de secret entourant le savoir-faire explique que le droit de la propriété intellectuelle ne puisse être utilisé, par le franchiseur, que de manière limitée. En pratique, cette protection indirecte épouse la *summa divisio* qui caractérise le droit de la propriété intellectuelle¹¹³⁷. En effet, le franchiseur pourra recourir, d'une part, aux mécanismes issus de la propriété industrielle (**Section I**) et, d'autre part, à ceux qui relèvent du droit de la propriété littéraire et artistique (**Section II**).

Section I : La protection indirecte du savoir-faire par le droit de la propriété industrielle

154. Plan. Le droit de la propriété industrielle offre au franchiseur trois possibilités de protection indirecte de son savoir-faire. Il s'agit du droit des brevets (**Paragraphe I**), du droit des marques (**Paragraphe II**) et du droit des dessins et modèles (**Paragraphe III**).

¹¹³³ ARHEL (P.) : « Accord de distribution : droit de la concurrence – Accords de franchise », REP COM, janv. 2017, n°323 et s.

¹¹³⁴ BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJCA 2015, p. 346 ; DEVESA (P.) et BOYE (E.) : « Savoir-faire : contrat de savoir-faire non breveté », JCl. Contrats – Distribution, Fasc n°1860.

¹¹³⁵ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », Fasc. 4200, n°72 à 92.

¹¹³⁶ LORAN (A.) : « Le savoir-faire : le parent pauvre des incorporels ? », Dr. fisc. n°40, 6 oct. 2016, p. 524 ; LELOUP (J-M.) : « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise », JCP G n°23, 7 juin 1989, doct. 3395.

¹¹³⁷ POURCEL (E.) : « Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics », JCl. Contrats et Marchés Publics, Fasc. 17, n°5.

Paragraphe I : Le recours au brevet afin de protéger les outils indispensables à l'utilisation du savoir-faire

155. Le brevet, un titre de propriété conférant à son titulaire un monopole d'exploitation. Les articles L. 611-1 et L. 611-2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) définissent le brevet d'invention comme étant : « *un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation (...) d'une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande* ». Le législateur va plus loin puisque l'article L. 611-10 du CPI précise que sont brevetables « *dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ». De fait, pour être brevetable, une invention devra satisfaire à quatre conditions cumulatives. Elle devra intervenir dans un domaine technologique¹¹³⁸, présenter un caractère nouveau¹¹³⁹, résultant d'une activité inventive¹¹⁴⁰ et également industrielle¹¹⁴¹. Une invention sera considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique¹¹⁴². L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen¹¹⁴³. Quant à la notion d'inventivité, une invention sera considérée comme telle « *si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique* »¹¹⁴⁴. Enfin, une invention sera susceptible d'application industrielle « *si son objet peut être*

¹¹³⁸ BINCTIN (N.) : « Brevet d'invention », Rép. com, janv. 2018, n°12 et s ; CASALONGA (A.) : « Brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur (inventions dites de logiciel) », Cah. dr. entr. n°6, nov. 2010, dossier 32

¹¹³⁹ VIGAND (P.) : « Brevetabilité d'un sous-domaine – Où s'arrête la nouveauté ? Sélection d'un sous-domaine dans un domaine large de paramètres », Prop. industr., n°12, déc. 2010, comm. 77 ; PETIT (M.) : « Nullité des revendications pour défaut de nouveauté ou défaut d'activité inventive », LEPI, 15 oct. 2013, n°9, p. 5 ; AZEMA (J.) : « Brevets d'invention. Nouveauté. Divulgation. Preuve », RTD Com. 1995, p. 771 ; AZEMA (J.) : « Brevets d'invention. Exigence de nouveauté, Divulgation, Documents confidentiels », RTD Com. 1993, p.503 ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « Nouveauté », JCl. Brevets, Fasc. 4260,

¹¹⁴⁰ MACREZ (F.) : « Activité inventive », JCl. Brevets, Fasc. 4250 ; GALLOUX (J.-C.) : « L'activité inventive en matière de brevets : l'équipe d'hommes du métier », RTD com. 2016, p. 89 ; BEIER (F.-K.) : « L'évolution historique du concept d'activité inventive », RD propr. ind. 1986, n°4, p.3 ; BOUTIN (A.) : « Appréciation de l'activité inventive à partir des enseignements d'un modèle », LEPI, 1^{er} mai 2011, n°5, p.4 ;

¹¹⁴¹ GHILAIN (F.) : « Jurisprudence – Brevets d'invention », Gaz. pal., n°58, p.13 ; Cass. com., 19 déc. 2000, n°98-10968 ; GALLOUX (J.-C.) : « Protection des brevets : hormone de croissance humaine, convertisseur de monnaie, saisie-contrefaçon, saisie descriptive et saisie réelle », RTD Com. 2001, p. 692.

¹¹⁴² Al. 1^{er} de l'art. L611-11 du CPI

¹¹⁴³ Al. 2 de l'art. L611-11 du CPI

¹¹⁴⁴ Art. L.611-14 du CPI

fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture »¹¹⁴⁵. Le titulaire du brevet d'invention, autrement dit le déposant, jouit, du fait du dépôt, d'un titre de propriété lui conférant un monopole sur l'exploitation de son invention. Fort de ce monopole, le déposant peut interdire à quiconque d'exploiter son invention sans y avoir donné son consentement. Il pourra obtenir la condamnation de l'usurpateur qui exploiterait de manière non autorisée son invention en ayant recours à l'action en contrefaçon¹¹⁴⁶. Toutefois, si le dépôt confère au déposant un monopole d'exploitation, ses droits ne sont pas illimités pour autant. En effet, l'article L. 613-5 du CPI limite les droits conférés par le brevet en venant affirmer qu'ils ne s'étendent pas à certains actes, dont ceux accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales, ou encore ceux accomplis à titre expérimental etc. En raison du caractère original ou innovant de son savoir-faire, le franchiseur peut être amené à vouloir protéger sa création par l'intermédiaire du brevet d'invention.

157. L'impossibilité pour le franchiseur de recourir au brevet d'invention pour protéger son savoir-faire dans son ensemble. Etudier la possibilité d'un recours par le franchiseur au brevet d'invention pour protéger son savoir-faire peut sembler antinomique¹¹⁴⁷. L'exigence et l'impératif de secret qui entourent le savoir-faire sont incompatibles avec les effets du dépôt d'une demande d'enregistrement d'un brevet d'invention. Une telle demande aura pour effet de porter à la connaissance du public l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire¹¹⁴⁸. D'ailleurs, le règlement d'exemption du 20 avril 2010¹¹⁴⁹, ainsi que le Code de déontologie européen de la franchise, insistent sur le fait que le savoir-faire est « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci* »¹¹⁵⁰. *A contrario*, cela ne signifie pas que les éléments constitutifs du savoir-faire ne sont pas brevetables en

¹¹⁴⁵ Art. L611-15 du CPI

¹¹⁴⁶ ROUBIER (P.) : « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », RTD civ 1957, p. 16.

¹¹⁴⁷ V. *infra* n°221

¹¹⁴⁸ BINCTIN (N.) : « Savoir-faire », Rép. com, janv. 2018, n°7 et s.

¹¹⁴⁹ Art. 1-1-g du Règlement UE n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : « *savoir-faire, un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, secret signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible (...)* ».

¹¹⁵⁰ Art. 1 du Code de déontologie européen de la franchise

tant que tels. L'un des objectifs principaux du franchiseur pendant toute la phase d'exploitation de son savoir-faire est d'éviter qu'un tiers au réseau puisse accéder aux éléments constitutifs de son concept. Ces éléments doivent donc être difficiles d'accès ou, mieux, inaccessibles, sous peine de remettre en cause la validité même du contrat de franchise. Or, le dépôt d'un brevet portant exclusivement sur le savoir-faire aurait pour effet de faire voler en éclat le secret qui l'entoure. En effet, il résulte des dispositions de l'article L. 612-21 du CPI que l'Institut national de la propriété industrielle a pour mission d'assurer la publication « *par mention au Bulletin officiel de la propriété industrielle, par mise à la disposition du public du texte intégral ou par diffusion grâce à une banque de données ou à la distribution du support informatique : 1° Du dossier de toute demande d'un brevet ou d'un certificat d'utilité (...); 2° De toute demande d'un certificat complémentaire de protection (...); 3° De tout acte de procédure subséquent (...)* ». De plus, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 612-5 du CPI impose qu'au moment de la demande de brevet, le déposant expose de manière suffisamment claire et complète son invention afin qu'un homme de métier puisse l'exécuter. En pratique, cela reviendrait, pour le franchiseur qui serait titulaire d'un savoir-faire remplissant les quatre critères de brevetabilité, à retranscrire sur le formulaire de demande de brevet, l'ensemble de son manuel opératoire.

158. La brevetabilité de certains éléments constitutifs du savoir-faire. Si le franchiseur ne peut recourir directement au droit des brevets pour protéger son savoir-faire, il peut néanmoins déposer des brevets afin de protéger, de manière indirecte, son concept. Il s'agira pour le franchiseur de protéger les outils et autres matériels qui permettent l'utilisation ou l'exploitation du savoir-faire. À titre d'exemples, un franchiseur implanté dans le secteur de la restauration pourra décider de recourir au brevet pour protéger, son distributeur automatique de boissons¹¹⁵¹, sa rôtissoire automatique¹¹⁵² ou encore son système de production de vapeur destinée à la cuisson par vapeur de produit alimentaire¹¹⁵³. Par

¹¹⁵¹<https://bases-brevets.inpi.fr/fr/document/EP3603029.html?s=1603141471369&p=5&cHash=9b671e231788fe2e52cec98780ea3ba6> consulté le 19 oct. 2020.

¹¹⁵²<https://bases-brevets.inpi.fr/fr/document/EP2781176.html?s=1603141246340&p=5&cHash=31c93a0d76c1e3255aa8b28f80880df0> consulté le 19 oct. 2020.

¹¹⁵³<https://bases-brevets.inpi.fr/fr/document/WO2004076950.html?s=1603141246340&p=5&cHash=c01aa6ccd9081345933964d8d16cf38f> consulte le 19 oct. 2020.

conséquent, le brevet permettra au franchiseur de protéger certains éléments indispensables à la maîtrise du savoir-faire sans pour autant dévoiler les éléments constitutifs de ce dernier. Pour reprendre les exemples mentionnés précédemment, il est évident que le distributeur de boissons ou la rôtissoire automatique ne constituent pas les seuls composants du savoir-faire du franchiseur mais bien des éléments nécessaires à sa maîtrise et donc à sa réitération par le franchisé. En raison du monopole d'exploitation, le tiers au réseau n'aura d'autre choix que de demander l'autorisation au franchiseur de pouvoir utiliser son invention. A défaut, il se rendra coupable d'un délit de contrefaçon¹¹⁵⁴. Le monopole d'exploitation peut donc renforcer l'avantage concurrentiel du franchiseur sur le marché sur lequel il est implanté puisqu'il prive son concurrent de la possibilité de pouvoir utiliser son innovation pendant toute la durée de validité du brevet, soit pendant vingt ans.

En définitive, le caractère secret du savoir-faire empêche le franchiseur de pouvoir recourir au brevet afin de protéger directement son savoir-faire. Tout juste le franchiseur pourra-t-il breveter les outils qui permettront l'exploitation et l'utilisation de son savoir-faire. Par ailleurs, le recours au droit des marques par le franchiseur ne pourra intervenir que pour protéger de manière indirecte le savoir-faire.

Paragraphe II : L'emploi du droit des marques pour protéger indirectement l'originalité entourant le savoir-faire

159. La marque, un élément indispensable à l'identification du réseau du franchiseur. A l'instar du brevet, le Code de la propriété intellectuelle définit la marque comme étant « *un signe servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale de ceux d'autres personnes physiques ou morales. Ce signe doit pouvoir être représenté dans le registre national des marques de manière à permettre à toute personne de déterminer précisément et clairement l'objet de la protection conférée à son titulaire* »¹¹⁵⁵. Le spectre des signes autorisés est assez étendu puisqu'il peut s'agir de

¹¹⁵⁴ V. *infra* n°221

¹¹⁵⁵ Art. L711-1 du CPI.

dénominations¹¹⁵⁶, de signes sonores¹¹⁵⁷ ou encore de signes graphiques ou figuratifs¹¹⁵⁸. Les articles L. 711-2 à L. 711-4 du CPI dressent la liste des conditions de fonds que se doit de remplir un signe afin de pouvoir être enregistré comme étant une marque et ainsi bénéficier du régime de protection qui en découle. Ainsi, le signe ne pourra être enregistré que s'il jouit d'un caractère distinctif, licite, susceptible de représentation graphique et qu'il soit disponible. Le caractère licite de la marque renvoie au fait qu'elle ne doit pas être contraire à l'ordre public. Le caractère distinctif de la marque permet à celle-ci de différencier les produits et services qu'elle désigne. Ainsi, un signe composé « *exclusivement d'éléments ou d'indications pouvant servir à désigner, dans le commerce, une caractéristique du produit ou du service* » ne peut constituer une marque¹¹⁵⁹. Il en est de même si le signe est composé exclusivement d'éléments ou d'indications « *devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales* »¹¹⁶⁰. En d'autres termes, le caractère distinctif d'une marque interdit d'utiliser des termes génériques, imposés par la technique ou encore simplement descriptif. Quant au caractère lié à la disponibilité de la marque, cela signifie que le signe ne doit pas porter atteinte à des droits antérieurs, c'est-à-dire à une marque déjà enregistrée dans un domaine identique. Par ailleurs, un auteur affirme que « *le droit des marques est régi, d'une part, par le principe de spécialité selon lequel les produits et services désignés dans l'acte de dépôt limitent le champ de l'appropriation du signe, le laissant disponible pour les autres secteurs d'activité et, d'autre part, par le principe de territorialité qui limite l'indisponibilité du signe aux frontières françaises si la marque est enregistrée pour la France* »¹¹⁶¹. Enfin, le signe doit être susceptible de représentation graphique¹¹⁶². Tout comme le brevet d'invention, le signe ne sera protégé qu'à compter de

¹¹⁵⁶ MENDOZA-CAMINADE (A.) : « Contentieux autour de marques de vins de Champagne », JCP E n°6, 6 février 2020, p. 1055 ; CA Paris, 12 sept. 2012, n° 10/22116 : JurisData n° 2012-020483 ; Propr. intell. 2013, n° 46, p. 98, M. Sabatier ; Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-10.812 : PIBD 2011, III, p. 455

¹¹⁵⁷ CLAVIER (J-P.) : « Distinctivité d'une marque sonore », LEPI, 30 nov. 2016, n°10, p. 5 ; CJCE, 27 nov. 2003, aff. C-283/01, Shield Mark BV ;

¹¹⁵⁸ CARON (C.) : « L'enregistrement d'une marque olfactive est-il conforme au droit communautaire ? », JCP E n°10, 6 mars 2003, p. 358.

¹¹⁵⁹ TREFIGNY (P.) : « L'usage de la marque, sa qualification et sa portée », Propr. intell. n°11, nov. 2014, comm. 75 ; Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-10.777, Sté Lacoste c/ Sté Crocodile International Private Limited : JurisData n° 2014-010958 ; PIBD 2014, III, p. 547 ; Cass. com., 23 sept. 2008, n° 07-13.140, Bull. Rot : PIBD 2008, III, p. 598 ; Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-16.714 : PIBD 2014, III, p. 689

¹¹⁶⁰ Art. L711-2, 4° du CPI

¹¹⁶¹ Fiche d'orientation Marque – Dalloz, juill. 2019.

¹¹⁶² DURRANDE (S.) et CANLORBE (J.) : « Différents signes susceptibles de constituer une marque », JCI, Fasc. 7100.

la date de dépôt d'enregistrement auprès de l'INPI. L'enregistrement permet donc d'accorder au titulaire de la marque un droit de propriété sur celle-ci et de lui faire bénéficier du régime de protection qui en découle pendant une période de dix années. Mais ce droit peut faire l'objet d'un transfert à un tiers par le biais d'un contrat de cession ou de licence de marque, comme c'est le cas en matière de franchise¹¹⁶³. Effectivement la marque est indissociable de la franchise puisqu'outre la transmission d'un savoir-faire et la fourniture d'une assistance, le franchiseur est tenu à une obligation de mise à disposition des signes distinctifs, dont la marque fait partie¹¹⁶⁴. Dans le cadre de l'exécution du contrat de franchise, le franchiseur devra donc concéder un certain nombre de droits sur la marque et/ou l'enseigne à son franchisé afin de pouvoir les utiliser à son tour¹¹⁶⁵. Le franchiseur accorde à ses franchisés une exclusivité dans l'utilisation de la marque qui sont de ce fait les seuls à pouvoir utiliser. Mais le droit des marques partage avec le droit des brevets un point commun puisqu'il peut constituer pour le franchiseur un moyen indirect de protection de son savoir-faire.

160. Le cadre restrictif d'utilisation du droit des marques dans la protection du savoir-faire. Malgré l'absence de définition légale du savoir-faire en droit français, pour être reconnu comme tel, un ensemble d'informations doit à la fois être secret, identifié et substantiel¹¹⁶⁶. Toutefois, est apparu, en jurisprudence et en doctrine, un débat sur la nécessité pour le savoir-faire d'être original, autrement dit d'être novateur¹¹⁶⁷. Si l'originalité ne constitue pas une condition de validité du savoir-faire, certains savoir-faire jouissent réellement d'une telle originalité. Or, cette originalité peut être protégée indirectement par le droit des marques. Pour certains auteurs¹¹⁶⁸, la seule technique permettant de protéger un produit avant qu'il ne soit breveté ou ne bénéficie d'un régime de protection spécifique,

¹¹⁶³ DEMARET (P.) : « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E n°48, 27 nov. 1986, p.14816 ;

¹¹⁶⁴ HERPE (F.) : « Le franchisé peut-il obtenir l'annulation du contrat de franchise lorsque la licence sur la base de laquelle le franchiseur détient des droits de marque n'est pas publiée ? », LEPI, 1^{er} janv. 2015, n°01, p.6.

¹¹⁶⁵ LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.) : « Franchisage – Franchisage dans le domaine des services – Le franchiseur et le franchisé », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 1050, n°24 à 35 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : Des relations entre contrat de franchise et droit sur la marque », CCC n°12, déc. 2015, comm. 78.

¹¹⁶⁶ LORAN (A.) et CHRISTOPHE (H.) : « Le savoir-faire : le parent pauvre des incorporels ? », Dr. fisc. n°40, 6 oct. 2016, p. 524.

¹¹⁶⁷ V. *supra* n°34

¹¹⁶⁸ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », Fasc. 4200,

consisterait d'une part, à affecter audit produit, une marque, et d'autre part, de promouvoir suffisamment cette dernière afin d'acquérir une certaine notoriété. L'objectif, à travers la marque, serait de protéger indirectement les produits ou services issus de l'exploitation du savoir-faire dans l'optique de démotiver d'autres acteurs de venir concurrencer le franchiseur. Du fait de son intervention novatrice sur un tout nouveau marché, le franchiseur utiliserait sa marque afin de verrouiller ce marché et ainsi dissuader l'usurpateur d'utiliser son savoir-faire. Mais un tel recours au droit des marques est plus que limité puisqu'il ne peut concerner que les savoir-faire permettant de fabriquer des produits largement diffusés, produits qui ont forgé la notoriété de la marque et qui sont aujourd'hui indissociables de celle-ci, comme c'est le cas en matière de restauration rapide. En définitive, l'enregistrement de la marque permettra au franchiseur de s'opposer à l'ensemble des demandes d'enregistrement d'une marque similaire à la sienne et commercialisant des produits identiques à ceux résultant de l'exploitation de son savoir-faire. Mais si le droit des marques ne peut être utilisé que dans de rares situations pour protéger le savoir-faire, cela ne veut pas dire que le franchiseur doit renoncer au droit des marques pour exploiter son savoir-faire. En effet, il est indispensable que le franchiseur jouisse d'un ensemble de signes distinctifs dont une enseigne et/ou une marque afin que le contrat de franchise soit valable¹¹⁶⁹.

Si la protection du savoir-faire par le droit des marques est limitée, il en est également en ce qui concerne le recours au droit des dessins et des modèles.

Paragraphe III : La protection des produits industriels et artisanaux par le droit des dessins et des modèles

161. La protection de la création ornementale par l'intermédiaire du droit des dessins et modèles. Lors de la formation initiale du franchisé mais également tout au long de la phase d'exécution du contrat, le franchiseur transmettra à ses franchisés un certain nombre de documents : charte graphique, manuel opératoire, bulletins d'informations qui contiennent pour la plupart des informations sensibles, notamment sur l'apparence d'un

¹¹⁶⁹ VIENNOIS (J-P.) : « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause et réticences dolosives », JCP G n°30, 23 juill. 2003, II 10127.

produit (texture, couleur ou forme)¹¹⁷⁰. Afin de protéger ces informations sensibles le franchiseur insérera une clause de confidentialité au sein du contrat de franchise dans l'optique de contraindre les membres du réseau à ne pas divulguer ces informations à l'extérieur du réseau¹¹⁷¹. Mais le franchiseur peut-il utiliser le régime de protection des dessins et modèles pour protéger le contenu des informations sensibles transmises à son franchisé ? L'article L. 511-1 du CPI prévoit que « *peut être protégée à titre de dessin ou modèle l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Ces caractéristiques peuvent être celles du produit lui-même ou de son ornementation. Est regardé comme un produit tout objet industriel ou artisanal, notamment les pièces conçues pour être assemblées en un produit complexe, les emballages, les présentations, les symboles graphiques et les caractères typographiques, à l'exclusion toutefois des programmes d'ordinateur* ». Le droit des dessins et modèles a pour finalité de protéger l'apparence des produits ou parties de produits industriels ou artisanaux, c'est-à-dire des produits qui sont destinés à être fabriqués massivement comme des produits alimentaires, des instruments de musique, des appareils d'éclairage, des outils, des emballages, du matériel électronique, des vêtements etc. Au vu de ces dispositions, le franchiseur ne pourra recourir au régime de protection des dessins et modèles uniquement pour protéger l'apparence des produits vendus par son réseau. Encore une fois, cette branche du droit de la propriété industrielle ne permet pas de protéger directement le savoir-faire, mais aussi les produits qui sont le résultat de son utilisation. Toutefois, tous les produits ne sont pas concernés puisque le législateur limite le bénéfice de ce régime de protection aux seuls produits issus d'un processus industriel ou artisanal¹¹⁷².

162. Le bénéfice du régime de protection du droit des dessins et modèles, soumis à deux conditions de fond. Pour bénéficier de ce régime de protection, le législateur impose

¹¹⁷⁰ INFOREG : « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », Cah. dr. entr. n°2, mars 2016, prat. 6 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Faut-il absolument un pilote dans le cockpit de la franchise ? », RDC, 7 mars 2019, n°1, p. 78 ;

¹¹⁷¹ BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Le contenu du contrat », RDC, 1er avril 2013, n°2, p. 756 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Violation de la clause de confidentialité et rupture du contrat de franchise », CCC n°3, mars 2012, comm. 68 ; GARINOT (J-M.) : « Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière », Gaz. pal. N°345, p.9, 11 déc. 2014.

¹¹⁷² DE CANDE (P.) : « Objet de la protection », JCl. Marques – Dessins et modèles, Fasc. 3220, n°3

que l'objet qui satisfait aux conditions de l'article L. 511-1 du CPI, remplisse deux conditions de fond cumulatives. Ainsi, l'article L. 511-2 du CPI vient préciser que « *seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et présente un caractère propre* ». Le législateur fait preuve de pédagogie puisqu'il définit la notion de nouveauté et de caractère propre. Ainsi, un dessin ou modèle sera considéré comme étant nouveau « *si, à la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Des dessins ou modèles sont considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants* ». Il n'en reste pas moins que la notion de nouveauté est entendue plus largement que celle retenue en matière de brevet puisqu'il s'agit de vérifier qu'aucun élément d'antériorité, qu'aucun produit identique n'a été déposé auparavant. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a pu considérer que « *le droit des dessins et modèles protège la création de tout objet industriel qui se différencie de ses similaires par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant sa physionomie propre et nouvelle, alors même que le mérite de cette création serait faible, dès lors qu'en la réalisant, son auteur l'a marquée de l'empreinte de sa personnalité* »¹¹⁷³. L'ancien Tribunal de grande instance de Paris ayant précisé que « *si ces effets extérieurs sont inséparables des fonctions utilitaires de l'objet et que leur combinaison ne peut être dissocié par des impératifs techniques, la protection du droit d'auteur ne joue pas* »¹¹⁷⁴. Par un arrêt de principe en date du 3 mai 2000, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue affirmer qu'un dessin et modèle ne peut être protégé qu'à la condition qu'il exprime la personnalité de l'auteur et qu'il résulte d'un effort de création¹¹⁷⁵. Un dessin et modèle aura un caractère propre lorsque « *l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée. Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle* »¹¹⁷⁶. La notion de caractère propre fait l'objet d'une appréciation large en jurisprudence, puisqu'est considéré comme ayant un tel caractère, un

¹¹⁷³ CA. Paris, 17 mars 1988 PIBD 1988. III. 467; RTD com. 1989. 230, obs. Chavanne et Azéma.

¹¹⁷⁴ TGI. Paris, 6 févr. 2001, 3^{ème} ch.

¹¹⁷⁵ Com. 3 mai 2000 : GAPI, 1^{re} éd., n° 17 ; D. 2001. AJ 237, obs. Greffe ; PIBD 2000. III. 418.

¹¹⁷⁶ Art. L. 511-4 du CPI.

rasoir¹¹⁷⁷, une table d'appoint¹¹⁷⁸ ou encore une jupe-culotte¹¹⁷⁹. Mais en pratique le périmètre d'utilisation du droit des dessins et modèles par le franchiseur est plus que restreint.

163. La protection des seuls produits ayant un caractère propre et nouveau. En ayant recours aux dessins et modèles, le franchiseur ne pourra pas protéger directement le savoir-faire mais uniquement les produits qui résultent de son exploitation sous réserve d'avoir un caractère propre et nouveau. Par exemple, un franchiseur, dont le savoir-faire repose sur la commercialisation de produits chocolatiers dans la région marseillaise, pourra déposer auprès de l'INPI le modèle de sa figurine en chocolat représentant le stade de la ville ou les îles du Frioul, sous réserve que ces formes n'aient pas déjà fait l'objet d'un dépôt antérieur. Tout comme en matière de brevet et de marque, seule une démarche auprès de l'INPI, autrement dit le dépôt d'une demande d'enregistrement, aura pour effet de protéger le produit du franchiseur.

164. En définitive, le droit de la propriété industrielle dans son ensemble ne permet pas de protéger directement le savoir-faire du franchiseur mais seulement les produits qui résultent de son exploitation ou les outils qui sont indispensables à son exploitation. Or, il convient de voir que la seconde branche du droit de la propriété intellectuelle ne permet pas non plus d'assurer une protection directe du savoir-faire du franchiseur.

Section II : Le droit d'auteur, un moyen efficace de protection du savoir-faire du franchiseur ?

165. Plan. Occupant une place centrale au sein du droit de la propriété littéraire et artistique, le droit d'auteur peut s'apparenter pour le franchiseur à un moyen supplémentaire d'assurer une protection accrue de son savoir-faire. Encore faut-il, toutefois, qu'il arrive à démontrer que son savoir-faire constitue une œuvre de l'esprit (**Paragraphe I**). Si tel est le

¹¹⁷⁷ GREFFE (F.) : « Application des nouvelles dispositions du Livre V du Code de la propriété intellectuelle », Propr. industr. n°8, nov. 2002, comm. 80 ; CA. Paris, 6 mars 2002, JurisData n°2002-180061.

¹¹⁷⁸ KAMINA (P.) : « Nouveauté et caractère propre : droit transitoire et appréciation », Propr. ind. n°6, sept. 2002, comm. 62.

¹¹⁷⁹ GREFFE (F.) : « Dessins et modèles », JCP E n°37, 11 sept. 2003, p. 1291.

cas, il conviendra, ensuite, de s'interroger sur la comptabilité du régime de protection du droit d'auteur avec le caractère secret du savoir-faire (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le savoir-faire, une véritable œuvre de l'esprit

166. Les conditions cumulatives permettant la reconnaissance d'une œuvre de l'esprit. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle pose le principe selon lequel « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». L'auteur d'une telle œuvre détiendra sur celle-ci un droit de propriété qu'il exercera pendant toute sa vie et ne prendra fin que soixante-dix ans après sa mort¹¹⁸⁰. Ce droit permettra à l'auteur d'exploiter sa création selon les modalités qu'il aura lui-même définies tout en restreignant son exploitation par des tiers. Si la notion d'œuvre de l'esprit occupe une place centrale en matière de droit d'auteur, le législateur n'en donne pourtant aucune définition et se contente de dresser une liste de créations pouvant être considérées comme telles¹¹⁸¹. En effet, l'article L. 112-2 du CPI donne comme exemples : les livres, les conférences, les compositions cinématographiques, les œuvres photographiques, les logiciels etc¹¹⁸². Malgré cette liste non exhaustive¹¹⁸³, une création sera considérée comme étant une œuvre de l'esprit si elle réunit

¹¹⁸⁰ Art. L123-1 du CPI : « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ».

¹¹⁸¹ LUCAS (A.) : « Synthèse - Objet du droit d'auteur », JCl. Propriété Littéraire et Artistique, n°8.

¹¹⁸² Art. L112-2 du CPI : « *Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; 3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ; 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; 7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; 8° Les œuvres graphiques et typographiques ; 9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; 10° Les œuvres des arts appliqués ; 11° Les illustrations, les cartes géographiques ; 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrication de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabrications de tissus d'ameublement* ».

¹¹⁸³ LUCAS (A.) : « Synthèse - Objet du droit d'auteur », JCl. Propriété Littéraire et Artistique, n°8.

deux conditions cumulatives : une condition de forme relative à la matérialisation de la création et, une condition de fond, relative à l'exigence d'originalité de la création.

167. La matérialisation de la création, condition de forme à la reconnaissance d'une œuvre de l'esprit. L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle affirme que « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». Contrairement au fait qu'en droit de la propriété industrielle seul le dépôt permet à son titulaire de jouir d'un titre de propriété, en matière de droit d'auteur seule la réalisation, même inachevée de la conception de l'œuvre, permet à son auteur de revendiquer des droits sur son œuvre. En effet, la Cour de cassation est venue affirmer que « *le dépôt obligatoire organisé en matière de dessins et modèles aux articles L. 512-1 et suivants, est sans influence sur l'accès à la protection au droit d'auteur pour lequel aucun formalisme n'est exigé* »¹¹⁸⁴, ou encore que « *la protection du droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous est assurée indépendamment de toutes formalités, dépôt, mention ou inscription ; c'est à juste titre que l'arrêt attaqué a déduit de ces dispositions que l'œuvre se trouvant protégée du seul fait de son existence, il est indifférent que les moules aient été étiquetés, marqués, signés ou non* »¹¹⁸⁵. Mais la création doit s'exprimer de manière concrète, c'est-à-dire être matérialisée sur un support physique afin de satisfaire à la condition de forme. Une idée en tant que telle ne peut être considérée comme une œuvre de l'esprit car, pour reprendre la formulation employée par la Haute juridiction, « *les idées, étant de libre parcours, échappent à toute appropriation. Ainsi, est-il admis qu'un auteur ne peut prétendre monopoliser un thème littéraire, une idée artistique, des connaissances scientifiques, des faits historiques, des idées politiques ou publicitaires. Dès lors, le code de la propriété intellectuelle ne protège pas les idées exprimées mais seulement la forme originale sous laquelle elles sont présentées* »¹¹⁸⁶. En matière de franchise, le savoir-faire, en lui-même, et plus précisément son contenu, ne peut être considéré comme une œuvre de l'esprit s'il n'est pas matérialisé sur un support. Une fois matérialisée, il faudra que la création satisfasse à la condition de fond dégagée par

¹¹⁸⁴ Civ. 1^{re}, 5 avril 1993, n°91-14.510.

¹¹⁸⁵ Civ. 1^{re}, 20 janv. 1969 : Bull. civ. I, n° 61, Gaz. pal. 1969, n°1, p.217 ; CA. Paris, 6 janv. 1971, Ann. propr. ind. 1971, p. 206.

¹¹⁸⁶ Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, RIDA octobre 1992, p. 156 ; D. 1993. p.184.

la jurisprudence, à savoir de ne pas être une simple reproduction d'une œuvre déjà existante et de ce fait être originale.

168. L'exigence d'originalité entourant la création, condition de fond à la reconnaissance d'une œuvre de l'esprit. Cette exigence ne découle pas des textes mais des jurisprudences nationale et européenne¹¹⁸⁷. Un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière a affirmé que, pour reconnaître la protection par le droit d'auteur à une création, « *les juges du fond ne (pouvaient) raisonner en termes de genre et (étaient) tenus de rechercher si les œuvres en cause, en l'espèce des logiciels, répond(ai)ent à l'exigence d'originalité* »¹¹⁸⁸. Une œuvre sera donc considérée comme originale si elle est empreinte de la personnalité de son auteur¹¹⁸⁹. Il doit s'agir d'une création intellectuelle propre à son auteur, c'est-à-dire une création qui reflète sa personnalité. Une technique commerciale peut être considérée comme originale si elle résulte de l'expérience de son créateur. C'est d'ailleurs le cas en matière de franchise, comme l'a déjà reconnu à de nombreuses reprises la jurisprudence, puisque le savoir-faire résulte à la fois de l'expérience du franchiseur et de sa réussite commerciale¹¹⁹⁰. A titre d'exemple, la Chambre commerciale a considéré que l'avantage concurrentiel et l'originalité du savoir-faire transmis doivent être établis du fait de la « *remise d'une méthode commerciale originale particulièrement détaillée de plus de cinquante pages et celle d'un logiciel contenant les procédures à suivre, résultant directement de l'expérience acquise par le réseau* »¹¹⁹¹. Il est donc évident que le savoir-faire du franchiseur satisfait à l'exigence d'originalité qui entoure la notion même d'œuvre de l'esprit. Des méthodes commerciales, industrielles ou de services ne pourront être considérées comme étant un savoir-faire que si elles ont été éprouvées par le passé par leur titulaire, à savoir le franchiseur¹¹⁹². Le savoir-faire est irradié de la personnalité du franchiseur puisqu'il est le résultat de son activité intellectuelle. Sans une telle activité, le savoir-faire ne saurait exister. En effet, le franchiseur doit en amont de la transmission du

¹¹⁸⁷ CJCE 16 juill. 2009, Infopaq, n° C-5/08 ; D. 2011, p. 2164.

¹¹⁸⁸ Cass., ass. plén., 7 mars 1986 : GAPI, 1^{re} éd., n° 9 ; D. 1986, p. 405 ; RTD com. 1986, p. 399.

¹¹⁸⁹ POLLAUD-DULIAN (F.) : « Programme d'ordinateur. Originalité. Preuve. Eléments d'appréciation », RTD Com. 2013, p. 708.

¹¹⁹⁰ CA. Toulouse., 25 mai 2004, Juris-Data n°2004-247226 ; DISSAUX (N.) : « Franchise », Rép. Com, Dalloz, avr. 2014 ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « Le secret du bon savoir-faire », Propr. ind. n°3, Mars 2004, comm. 27 ; CA, Paris., 3 oct. 2012, RG n°11/05235.

¹¹⁹¹ Cass. Com., 10 déc. 2013, n°12-23.115.

¹¹⁹² PFEIFER (M.) : « La protection des secrets techniques », LPA, n°226-227, p. 55, 14 nov. 2016.

savoir-faire, l'avoir suffisamment testé et éprouvé au sein de son unité pilote par exemple. Dans le cas contraire, le contrat de franchise serait nul.

169. En définitive, le savoir-faire du franchiseur peut être considéré comme une œuvre de l'esprit, au sens des dispositions des articles L.111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. En effet, il remplit les deux conditions de fond et de forme tenant à d'une part, à la matérialisation de la création et, d'autre part, à l'exigence d'originalité de la création. Malheureusement le régime de protection du droit d'auteur n'est pas compatible avec l'exigence de secret qui entoure le savoir-faire.

Paragraphe II : Le caractère secret du savoir-faire incompatible avec le régime de protection du droit d'auteur

170. La mise en échec de l'application du droit d'auteur par le caractère secret du savoir-faire. Caractéristique essentielle du savoir-faire, l'exigence de confidentialité qui l'entoure entre en totale contradiction avec les effets de la protection offerte par le droit d'auteur concernant les œuvres de l'esprit. Puisqu'une idée originale ne peut être protégée en tant que telle, il est impératif qu'elle soit matérialisée afin d'être considérée comme une œuvre de l'esprit et bénéficiaire du régime de protection qui en découle. Or, la matérialisation d'une idée a pour effet de la faire connaître au public et de lui attribuer par la même occasion sa valeur économique. *A contrario*, la valeur économique du savoir-faire résulte, d'une part, de son contenu et, d'autre part, de son caractère secret matérialisé par son inaccessibilité au public¹¹⁹³. Mais, cette différence ne fait pas obstacle à ce que le savoir-faire du franchiseur puisse être considéré comme une œuvre de l'esprit et donc bénéficie du régime de protection qui en découle. Toutefois, il convient d'admettre que la protection du savoir-faire au titre du droit d'auteur est plus qu'inefficace. Comme le souligne une partie de la doctrine, le recours au droit d'auteur par le franchiseur souffre de trois inconvénients majeurs¹¹⁹⁴.

171. L'impossibilité pour le créateur d'interdire l'utilisation de son œuvre. Premièrement, si le droit d'auteur a pour finalité d'interdire à un tiers de reproduire l'œuvre

¹¹⁹³ LARRIEU (J.) : « Le savoir-faire de la sage-femme », *Propr. ind.* n°5, Mai 2010, comm.33 ; LELOUP (J.-M.) : « *Droit et pratique de la Franchise* », 4e éd., 2004, DELMAS.

¹¹⁹⁴ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », *JCl. Brevets. Fasc. 4200*, n°72 à 92.

de son créateur sans son autorisation, il n'a pas pour effet de lui en interdire son utilisation. Le droit d'auteur a seulement pour effet de protéger le support matériel du savoir-faire et non son utilisation par un tiers.

172. La protection limitée de l'œuvre en cas de reproduction. Deuxièmement, le législateur n'accorde pas au concepteur une protection absolue de son œuvre puisqu'il autorise les copies ou reproductions réalisées à partir de l'œuvre dans les onze situations listées à l'article L. 122-5 du Code de propriété intellectuelle¹¹⁹⁵. Si le franchiseur venait à

¹¹⁹⁵ Art. 122-5 du Code propr. intel. : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ; 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article [L. 122-6-1](#) ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique ; 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ; b) Les revues de presse ; c) La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ; d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente ; e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, y compris pour l'élaboration et la diffusion de sujets d'examens ou de concours organisés dans la prolongation des enseignements à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article [L. 122-10](#) ; 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ; 5° Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat ; 6° La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre ; 7° Dans les conditions prévues aux articles L. 122-5-1 et L. 122-5-2, la reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que les bibliothèques, les archives, les centres de documentation et les espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques et empêchées, du fait de ces déficiences, d'accéder à l'œuvre dans la forme sous laquelle l'auteur la rend disponible au public ; Ces personnes empêchées peuvent également, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre, réaliser, par elles-mêmes ou par l'intermédiaire d'une personne physique agissant en leur nom, des actes de

vouloir utiliser le régime de protection du droit d'auteur, cela entraînerait comme conséquence que son savoir-faire, et notamment les supports matériels sur lesquels il est détaillé, soit facilement accessible et puisse faire l'objet de reproduction dans les cas prévus à l'article L. 122-5 du Code de propriété intellectuelle, sans pour autant que le franchiseur puisse s'y opposer. Or, une telle situation aurait pour effet de porter atteinte au caractère secret du savoir-faire du franchiseur et par voie de conséquence remettrait en cause la validité du contrat de franchise¹¹⁹⁶.

172. La protection de la forme de l'œuvre au détriment de son contenu. Enfin, troisième et dernier inconvénient, il est important d'observer que le régime de protection du droit d'auteur est davantage axé sur la forme de l'œuvre plutôt que sur son contenu. En effet, c'est uniquement l'assemblage des mots, des formes, des figures et ou des signes, qui font l'objet de la protection et non l'idée en elle-même¹¹⁹⁷. Ainsi, l'idée en tant que telle n'est pas protégée par le droit d'auteur mais seulement sa composition. Le franchiseur pourra recourir

reproduction et de représentation ; 8° La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial ; 9° La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une oeuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur. Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux oeuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information ; 10° Les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale. Un décret fixe les conditions dans lesquelles l'exploration des textes et des données est mise en œuvre, ainsi que les modalités de conservation et de communication des fichiers produits au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites ; ces fichiers constituent des données de la recherche ; 11° Les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial. Les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés. Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Les modalités d'application du présent article, notamment les caractéristiques et les conditions de distribution des documents mentionnés au du 3°, sont précisées par décret en Conseil d'Etat ».

¹¹⁹⁶ SIMON (F.-L.) : « L'exécution du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227 p.44.

¹¹⁹⁷ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », JCl. Brevets. Fasc. 4200, n°72 à 92.

au droit d'auteur uniquement pour protéger le contenu du manuel opératoire, et notamment, les photos, les schémas et autres plans, et non le contenu du savoir-faire en lui-même.

En définitive, si le savoir-faire du franchiseur peut être considéré comme une œuvre de l'esprit, puisqu'il résulte de la matérialisation d'une idée originale reflétant la personnalité intellectuelle du franchiseur, il n'empêche que les effets du régime de protection du droit d'auteur sont incompatibles avec le caractère secret du savoir-faire. Le droit d'auteur se révèle donc globalement inapte à garantir la protection du savoir-faire.

CONCLUSION CHAPITRE 2

Malgré la multitude de régimes de protection prévu par le droit de la propriété intellectuelle, celle-ci n'offre en réalité au franchiseur qu'une protection limitée, pour ne pas dire illusoire, de son savoir-faire. En effet, ni le droit de la propriété industrielle, ni le droit de la propriété littéraire ne permettent de protéger directement son savoir-faire.

Seule une protection indirecte du savoir-faire est possible en raison des spécificités du savoir-faire et notamment de son caractère secret. Cela ne veut pas dire que le savoir-faire ne satisfait pas aux conditions posées par chaque régime. Toutefois, l'utilisation, par le franchiseur, des possibilités offertes par le Code de la propriété intellectuelle aurait pour conséquence de fragiliser le contrat de franchise lui-même, en raison de la disparition du caractère secret du savoir-faire.

C'est la raison pour laquelle le franchiseur ne peut recourir au droit de la propriété intellectuelle qu'avec parcimonie et ne protéger que les moyens et outils qui permettent l'exploitation du savoir-faire et les produits qui en sont issus, à l'exclusion du savoir-faire lui-même. Si un tiers venait à utiliser ou à recopier les éléments protégés par le franchiseur, ce dernier pourrait alors recourir à l'action en contrefaçon afin d'obtenir la condamnation de l'usurpateur.

CONCLUSION TITRE 1

Le franchiseur ne peut pas transmettre son savoir-faire à ses futurs franchiseés, sans avoir, au préalable, créé un mécanisme complet de protection du savoir-faire. Ce mécanisme est destiné à prévenir toute tentative d'atteinte au savoir-faire, atteinte pouvant provenir soit d'une personne présente à l'intérieur du réseau (franchisé ou salarié du franchiseur), soit d'un tiers au réseau.

Dans ce contexte, le contrat de franchise occupe une place prépondérante puisqu'outre son rôle dans la transmission du savoir-faire, il participe activement à la protection de ce dernier. Au sein du contrat de franchise, le franchiseur insérera trois types de clauses qui auront pour objet d'imposer au franchiseé des obligations pendant toute la phase d'exécution du contrat, mais aussi pour la période dite post-contractuelle.

En pratique, le franchiseur pourra soumettre son franchiseé à une obligation de non-concurrence qui est destinée à empêcher le franchiseé de pouvoir exercer une activité concurrente au réseau, aussi bien pendant toute la durée du contrat qu'après l'arrivée de son terme. Le franchiseé pourra être tenu à une obligation de non-réaffiliation qui est destinée à l'empêcher de pouvoir adhérer à un réseau concurrent de celui du franchiseur. Enfin, le franchiseur peut imposer à son franchiseé une obligation de confidentialité qui porterait sur les éléments constitutifs du savoir-faire afin d'éviter qu'il ne les divulgue à un tiers du réseau et notamment à un concurrent.

Le franchiseur devra vérifier, d'une part, que ces clauses sont indispensables à la protection du savoir-faire et, d'autre part, qu'elles sont limitées dans le temps et/ou dans l'espace, afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie du franchiseé.

En complément du contrat de franchise, le franchiseur pourra utiliser certaines dispositions issues de la théorie générale du droit des contrats, et notamment celles relatives aux négociations ou encore aux cessions de contrat afin de prévenir tout risque de divulgation des éléments constitutifs du savoir-faire au cours de ces périodes. Le franchiseur aura recours également à certaines dispositions contenues au sein du Code de commerce relatives aux opérations de transmission universelle de patrimoine ou encore aux procédures collectives qui peuvent être ouvertes au bénéfice du franchisé ou du franchiseur.

Si le contrat de franchise permet d'assurer une protection directe du savoir-faire sur le plan civil, le franchiseur peut recourir, dans une moindre mesure, à certaines dispositions issues du droit de la propriété intellectuelle. Toutefois ces dispositions ne peuvent être utilisées pour protéger directement le savoir-faire sous peine de rendre les éléments constitutifs du savoir-faire accessibles à des personnes étrangères au réseau. Les dispositions issues du droit de la propriété intellectuelle ne pourront donc être utilisées que pour protéger directement certains outils indispensables à l'exploitation du savoir-faire ou encore les produits qui sont le fruit de cette exploitation.

Malgré la mise en place de moyens de protection préventifs et dissuasifs, le franchiseur n'est pas à l'abri que l'un des membres de son réseau ou un tiers porte atteinte à son savoir-faire. Il devra alors utiliser des moyens répressifs qui protégeront le savoir-faire de manière rétrospective.

Titre 2 : Les techniques répressives permettant la protection du savoir-faire

173. La diversité des actions civiles ouvertes au franchiseur pour faire cesser une atteinte à son savoir-faire. Le contrat de franchise ne saurait être réduit à un moyen permettant au franchiseur d'exploiter son savoir-faire. Il constitue aussi un instrument juridique autorisant sa protection¹¹⁹⁸. Si les menaces qui pèsent sur le savoir-faire sont nombreuses et diversifiées, elles ont toutes pour finalité de remettre en cause son caractère secret ce qui aura pour principale conséquence de lui faire perdre toute valeur commerciale¹¹⁹⁹. Faute de droits privatifs sur son savoir-faire, le franchiseur se doit de le protéger en amont de sa transmission par un ensemble de clauses insérées au sein du contrat de franchise¹²⁰⁰. Le franchiseur pourra alors engager la responsabilité contractuelle de son franchisé en cas de manquement à ses obligations de non-concurrence¹²⁰¹, de confidentialité¹²⁰² ou encore de non-réaffiliation¹²⁰³. Ainsi, le contrat de franchise remplit une double fonction, à la fois préventive, car il permet de protéger le savoir-faire, mais aussi répressive puisque, sur son fondement, le franchiseur pourra engager la responsabilité contractuelle de son franchisé et ainsi faire cesser l'atteinte à son savoir-faire¹²⁰⁴. Toutefois, *quid* lorsque l'atteinte au savoir-faire est causée non pas un franchisé mais par un tiers au contrat de franchise ? L'absence de droit privatif sur son savoir-faire constitue-t-elle un obstacle insurmontable à une action en réparation intentée par le franchiseur à l'encontre de l'auteur de l'atteinte à son savoir-faire ? Une réponse négative s'impose puisque le franchiseur pourra agir sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle pour, d'une part,

¹¹⁹⁸ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Contrat de franchise et validité d'une clause de non-concurrence », CCC n°8-9, août 2009, comm. 221 ; SAUTTER (L.) : « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », AJ contrat 2015

¹¹⁹⁹ BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJ contrat 2015, p. 346 ; GALLOUX (J-C.) : « La transposition de la directive sur le secret des affaires », RTD com. 2018, p. 643

¹²⁰⁰ COMERT (M.) : « Clause de non-concurrence post-contractuelle en matière de franchise : la nullité et rien d'autre », AJ contrat 2016, p. 306

¹²⁰¹ MARCINKOWSKI (M.) : « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », AJ contrat 2016, p. 16

¹²⁰² BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Le contenu du contrat », RDC, 1^{er} avr. 2013, n°2, p. 756

¹²⁰³ BUCHER (C-E.) : « Le contrôle de la clause de non-réaffiliation contenue dans le contrat de franchise », LEDICO, 1^{er} avr. 2018, n°4, p. 3

¹²⁰⁴ REGNAULT (S.) : « L'exigence loyauté dans la franchise », AJ contrat 2019, p. 92

faire cesser les atteintes à son savoir-faire et, d'autre part, afin d'obtenir réparation de son préjudice (**Chapitre 1**). Dans une moindre mesure, le franchiseur pourra également, dans des situations exceptionnelles, obtenir la condamnation pénale de l'auteur de l'atteinte (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les instruments civils assurant la protection

de manière répressive du savoir-faire

174. Plan. Si le principe de la libre concurrence constitue un des piliers fondamentaux de notre droit de la concurrence, cette liberté n'est pas sans limite¹²⁰⁵. En effet, l'ensemble des acteurs d'un marché doivent s'abstenir d'adopter des pratiques anticoncurrentielles et déloyales qui auraient pour effet de nuire aux intérêts du marché dans sa globalité¹²⁰⁶. Les atteintes au savoir-faire qui proviennent de l'extérieur du réseau du franchiseur ont des origines diverses et variées¹²⁰⁷. Elles peuvent résulter de réseaux concurrents¹²⁰⁸, de certains fournisseurs en relation d'affaires avec le franchiseur et ses franchisés¹²⁰⁹, d'anciens franchisés¹²¹⁰, voire d'anciens salariés de franchisés¹²¹¹. Lorsque l'un d'entre eux portera atteinte au savoir-faire en décidant d'en divulguer certains éléments constitutifs ou de l'exploiter à titre personnel sans avoir recueilli, au préalable, le consentement du franchiseur, ce dernier pourra alors engager sa responsabilité civile sur le fondement de la théorie générale de la concurrence déloyale (**Section I**). Par ailleurs, la transposition en droit français de la directive européenne du 8 juin 2016 relative au secret des affaires¹²¹², ouvre une nouvelle possibilité pour le franchiseur d'obtenir réparation de son préjudice en cas de pillage de son savoir-faire (**Section II**).

¹²⁰⁵ ECKERT (G.) : « Quelle place pour la libre concurrence ? », Revue juridique de l'économie publique n°718, avril 2014, comm. 18.

¹²⁰⁶ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Pour être sanctionné au titre de la concurrence déloyale, doit être prouvé un comportement déloyal destiné à fausser le libre jeu de la concurrence ». CCC n°8-9, août 2011, comm. 189.

¹²⁰⁷ ARHEL (P.) : « Accord de distribution : droit de la concurrence », Rép. com., janv. 2017, n°323 et s.

¹²⁰⁸ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Parasitisme : exigence de singularité ou de spécificité du savoir-faire », CCC n°12, déc. 2013, comm. 264.

¹²⁰⁹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La preuve du préjudice est-elle nécessaire dans l'action en concurrence déloyale ? », CCC n°5, Mai 2000, 81.

¹²¹⁰ BARBIER (H.) : « Un point sur le devoir de loyauté : existence, contenu et rayonnement », RTD Civ. 2019, p. 100.

¹²¹¹ Cass. Soc., 15 déc. 2009, n°09-11.124.

¹²¹² GALLOUX (J-C.) : « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », RTD Com. 2018, p. 643.

Section I : Le recours par le franchiseur à la théorie générale de l'action en concurrence déloyale

175. Plan. Contrairement à ce que laisserait entendre le terme de concurrence déloyale, le franchiseur pourra agir à l'encontre d'un individu sur le fondement de cette action sans pour autant qu'il soit en situation de concurrence avec ce dernier¹²¹³. En effet, la Cour de cassation a opéré, au début des années 2000, un important revirement de jurisprudence¹²¹⁴ en affirmant que l'existence d'une clientèle commune ne constituait plus une condition de recevabilité de l'action en concurrence déloyale¹²¹⁵. Mais à la différence de la majorité des législations européennes, notre droit positif ne comporte aucune disposition dressant une liste de l'ensemble des comportements pouvant être réprimés sur le fondement de la concurrence déloyale¹²¹⁶. Il est donc revenu à la doctrine et à la jurisprudence de façonner et de préciser, au visa des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil, le régime juridique de l'action en concurrence déloyale (**Paragraphe I**). Celle-ci étant une action en responsabilité subjective¹²¹⁷, le franchiseur devra alors démontrer l'existence d'une faute (**Paragraphe II**), d'un préjudice (**Paragraphe III**) et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice (**Paragraphe IV**).

Paragraphe I : Les origines et les fondements de l'action en concurrence déloyale

176. L'action en concurrence déloyale, une création d'origine prétorienne. La théorie de la concurrence déloyale constitue l'une des principales limites au principe de la libre concurrence, principe dont les origines remontent au décret d'Allarde ainsi qu'à la loi

¹²¹³ SERRA (Y.) : « La notion de parties à l'action en concurrence déloyale », *D.* 2001. p. 2587.

¹²¹⁴ Com. 30 mai 2000, n° 98-15.549 : « l'action en concurrence déloyale qui trouve son fondement dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, lesquels impliquent l'existence d'une faute commise par un demandeur préjudiciable au défendeur, peut être mise en œuvre quel que soit le statut juridique de l'auteur de la faute alléguée. (...) que la circonstance que la clientèle que se disputent des opérateurs soit réputée être celle d'un tiers au litige est indifférente pour accueillir une action en concurrence déloyale laquelle suppose seulement que soit établie l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice » ; Com. 12 février 2008, n°06-17.501 :

¹²¹⁵ CHEVRIER (E.) : « Concurrence déloyale : pas besoin d'une situation concurrentielle », *D.* 2008, p. 2573 ; PICOD (Y.) : « Situation de concurrence et concurrence déloyale : le retour du printemps », *D.* 2008, p. 2573.

¹²¹⁶ LARRIEU (J.) : « Le droit interne de la concurrence déloyale : quoi de neuf ? », *Propr. ind.* n°1, janv. 2013, dossier 6 ; PICOD (Y.) et AUGUET (Y.) : « Concurrence déloyale », *Rép. com.*, oct. 2010, n° 14 et s.

¹²¹⁷ PICOD (Y.) : « Concurrence déloyale et responsabilité civile », *AJ contrat* 2014, p.152.

dite Le Chapelier¹²¹⁸. La libre concurrence aujourd'hui consacrée à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 410-2 du Code de commerce¹²¹⁹, renvoie à l'idée selon laquelle un agent économique ne peut voir sa responsabilité être engagée du fait d'avoir capter et attirer la clientèle d'un de ses concurrents par l'intermédiaire de moyens licites¹²²⁰. *A contrario*, lorsqu'un agent économique aura recours à des procédés contraires à la pratique et à la morale des affaires, sa responsabilité pourra alors être engagée au titre de la concurrence déloyale¹²²¹. Le détournement comme le déplacement de la clientèle entre concurrents, qui ne sont que les conséquences classiques de la libre concurrence ne peuvent être sanctionnés sur le fondement de l'action en concurrence déloyale¹²²². Il est impératif que le demandeur à l'action rapporte la preuve que le déplacement de sa clientèle résulte non pas du jeu de la libre concurrence mais bien du recours à des procédés déloyaux et contraires à la moralité des affaires¹²²³. Comme l'affirme des auteurs, « *le principe de la liberté de la concurrence implique celui de la licéité du dommage concurrentiel, chaque concurrent pouvant légitimement attirer la clientèle de ses rivaux. En réalité, ce n'est pas le détournement de clientèle en lui-même qui est sanctionné par l'action en concurrence déloyale, mais les moyens déloyaux utilisés pour parvenir à cette fin* »¹²²⁴. La finalité de l'action en concurrence déloyale est donc de réprimer l'ensemble des comportements immoraux permettant ainsi de protéger la clientèle des agents économiques. La concurrence déloyale n'a donc pas pour objet d'interdire d'attirer la clientèle d'un concurrent mais seulement d'interdire l'utilisation des moyens de captation contraires à la morale des

¹²¹⁸ PICOD (Y.) AUGUET (Y.) et DORANDEU (N.) : « Concurrence déloyale », Rép. com, oct. 2010, n° 1 et s. ; Cass. Com., 10 mars 1987, *D.* 1988, p. 211, obs. Y. Serra ; DESJEUX (X.) : « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (à propos de la sanction de la copie) » », JCP E n°22, 30 mai 1995, 14490.

¹²¹⁹ Art. L410-2 du Code de commerce al. 1^{er} : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.* »

¹²²⁰ Cass. Com., 9 nov. 1987, *D.* 1988, p. 213, obs. Y. Serra.

¹²²¹ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Comportement parasitaire », CCC n°5, mai 2016, comm. 14.

¹²²² LEGEAIS (D.) : « Concurrence déloyale et parasitaire », JCl. Commercial, Fasc. 254, n°26 et s.

¹²²³ CA. Grenoble, 6 mars 1989, JurisData n°1989-042368 ; CA. Versailles, 19 janv. 1989, JurisData n°1989-040185 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Le détournement de fichier-clientèle par le cédant constitue un acte de concurrence déloyale », CCC n°6, juin 2013, comm. 130.

¹²²⁴ BARBIER (H.) et HEINICH (J.) : « Clientèle », Rép. civ, janv. 2016, n°86 ; PICOD (Y.) AUGUET (Y.) et DORANDEU (N.) : « Concurrence déloyale », Rép. com, oct. 2010, n° 24 ; CA. Aix-en-Provence., 11 janv. 2005, n°01/13692 ; SERRA (Y.) : « Le droit français de la concurrence », coll. Connaissance du droit, 1993, Dalloz, p. 11 ; DANGLEHANT (C.) : « Concurrence déloyale – Préjudice – Actes de concurrence déloyale d'un ancien concessionnaire automobile à l'égard du concédant (oui). Demande en dommages-intérêts. Bien-fondé (oui). Préjudice seulement moral. Caractère suffisant (oui) », JCP E n°9, 3 Mars 1994, 545.

affaires¹²²⁵. L'action en concurrence déloyale étant une action subsidiaire, le franchiseur devra vérifier qu'il ne dispose d'aucune autre voie de droit pour faire condamner l'auteur d'une atteinte à son savoir-faire. A ce titre, elle se distingue de la responsabilité contractuelle puisqu'un franchisé qui manquerait à son obligation de non-concurrence engagerait sa responsabilité contractuelle et non sa responsabilité délictuelle¹²²⁶. Par ailleurs, l'action en concurrence déloyale se distingue de l'action en contrefaçon qui vise à sanctionner la violation d'un droit de propriété¹²²⁷. L'action en concurrence déloyale permettra au franchiseur d'empêcher la réalisation d'un dommage, de faire cesser tous les actes déloyaux et, enfin, d'obtenir réparation de son préjudice¹²²⁸. Toutefois, le droit français se distingue de la législation de la plupart des pays européens dans la mesure où l'action en concurrence déloyale constitue une pure création prétorienne¹²²⁹. En effet, il est affirmé de manière constante en jurisprudence que « l'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil »¹²³⁰. L'action en concurrence déloyale est donc une action en responsabilité civile dite subjective¹²³¹.

Par conséquent, le franchiseur, s'estimant victime d'actes déloyaux, pourra engager la responsabilité de l'auteur du pillage de son savoir-faire sur le fondement de l'article 1240 et suivants du Code civil¹²³², à condition de satisfaire aux conditions de fond classiques de

¹²²⁵ LE TOURNEAU (P.) : « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz Action, édition 2018-2019, n°2214.21 et suivants.

¹²²⁶ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La concurrence déloyale par désorganisation de l'entreprise suppose la preuve de manœuvre destinée à détourner la clientèle du concurrence », CCC n°5, mai 2005, comm. 88 ; SERRA (Y.) : « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2015, p. 2526 ; LE TOURNEAU (P.) : « Principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : application à la concurrence déloyale », *AJ contrat* 2014, p. 335.

¹²²⁷ LARRIEU (J.) : « Un an de droit de la concurrence déloyale », *Propr. industr.* n°9, sept. 2012, chron. 8 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Parasitisme : exigence de singularité ou de spécificité du savoir-faire », CCC n°12, déc. 2013, comm. 264

¹²²⁸ TILLOY (C.) : « Concurrence déloyale – Action en concurrence déloyale », *J.-Cl Procédures Formulaire – V° Concurrence déloyale*, Fasc n°10, n°1 et s.

¹²²⁹ ROQUEFEUIL DE (B.) : « Concurrence déloyale – TC Paris, 3 octobre 2003 », *Gaz. pal.* n°113, page 51 ; LARRIEU (J.) : « Le droit interne de la concurrence déloyale : quoi de neuf ? », *Propr. ind.* n°1, janv. 2013, dossier 6 ; PICOD (Y.) et AUGUET (Y.) : « Concurrence déloyale », *REP. COM.*, oct. 2010, n° 14 et suivants.

¹²³⁰ Cass. Com., 29 mai 1967, *Bull. Civ. III*, n° 209.

¹²³¹ LE TOURNEAU (P.) « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz Action, édition 2018-2019, n°2214.21 ; TILLOY(C.) : « Concurrence déloyale – Action en concurrence déloyale », *J.-Cl Procédures Formulaire – V° Concurrence déloyale*, Fasc. 10, n°1 et s ; BALLOT – LENA (A.) : « Concurrence déloyale et responsabilité civile de droit commun », CCC n°6, juin 2019, dossier 3.

¹²³² Cass. Com., 23 mars 1965, *Bull. civ. III*, n° 228 ; Cass. Com., 19 mai 1976, *JCP* 1976. II. 18507.

l'action en responsabilité délictuelle, au premier rang desquelles figure l'obligation pour le franchiseur de rapporter l'existence d'une faute.

Paragraphe II : L'atteinte au savoir-faire du franchiseur, le fait générateur de l'action en concurrence déloyale

177. L'exigence d'une faute, matérialisée par un comportement contraire aux usages et à la moralité des affaires. La réussite commerciale qui résulte de l'exploitation du savoir-faire attire de nombreuses convoitises et peut constituer une motivation suffisante pour les tiers afin de s'en approprier les éléments constitutifs de manière déloyale causant ainsi un préjudice au franchiseur ainsi qu'à l'ensemble de son réseau¹²³³. Dans ce contexte, la faute constitue l'épicentre de l'action en concurrence déloyale, puisque si le demandeur ne rapporte pas la preuve de son existence, son action sera vouée à l'échec¹²³⁴. La Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que les juridictions du fond constatent l'existence d'une telle faute lors de la motivation de leurs décisions¹²³⁵. Cette faute se matérialisera par l'adoption, par un entrepreneur, d'un comportement de nature délictuelle sur le marché, autrement dit par l'utilisation de pratiques et de techniques contraires aux usages professionnels et à la moralité des affaires. S'il est impératif que le franchiseur rapporte la preuve de l'existence d'une faute pour que son action soit déclarée recevable, devra-t-il démontrer le caractère intentionnel de la faute commise par l'auteur de l'atteinte ? La Cour de cassation a répondu par la négative à cette question en affirmant que « *l'emploi par un commerçant du nom d'un homonyme dans des conditions créant une confusion entre deux établissements est constitutif d'un quasi-délit qui ne requiert pas un élément intentionnel* »¹²³⁶. Le franchiseur pourra donc agir à l'encontre d'un tiers à son réseau sur le fondement de la concurrence déloyale en démontrant que celui-ci a adopté un comportement fautif, sans pour autant avoir à démontrer le caractère intentionnel de la faute. Ainsi, lorsqu'un tiers au réseau utilisera le savoir-faire du franchiseur sans avoir recueilli au préalable son accord, il commettra une faute pouvant

¹²³³ LAJNEF (N.) : « Concurrence déloyale entre franchiseurs », AJCA 2014, p. 94.

¹²³⁴ LARRIEU (J.) : « *La bière corse sous pression* », Propr. ind. n°3, mars 2007, comm. 24.

¹²³⁵ Cass. Com., 26 mai 1983, n° 81-14.433 ; Cass. Com., 22 mai 1984, n° 82-13.482, Bull. civ. IV, n° 172.

¹²³⁶ Cass. Com., 18 avril 1958, D. 1959, p. 87 note F. Derrida ; Cass. Com., 3 mai 2000, n° 97-20.888. D. 2001 p. 1312 ; Cass. Com., 16 janv. 2001, n° 98-23.101, LPA 17 juill. 2001, n° 141, p. 25 ; Cass. Com., 19 sept. 2006, n° 03-20.511, D. 2006. Pan. 2930, obs. Y. Picod

être sanctionnée au titre de la concurrence déloyale¹²³⁷. En effet, par un tel comportement le tiers portera atteinte au principe de la libre concurrence car il utilisera le savoir-faire, fruit du travail du franchiseur, sans fournir de contrepartie.

178. La typologie des différentes formes de fautes en matière de concurrence déloyale. Afin d'identifier les différents agissements pouvant être sanctionnés au titre de la concurrence déloyale, la jurisprudence et la doctrine ont eu recours à la célèbre classification établie par le doyen ROUBIER¹²³⁸. Selon cette classification qui n'a aucune force légale¹²³⁹, les actes de concurrence déloyale peuvent être classés en trois catégories : la confusion¹²⁴⁰, le dénigrement¹²⁴¹ et la désorganisation¹²⁴². Le détournement des éléments constitutifs du savoir-faire peut donc avoir pour effet de désorganiser le franchiseur et son réseau (**A**). Il peut être d'imitation entraînant une confusion dans l'esprit du public (**B**). Quant au dénigrement, il sera volontairement passé sous silence puisque les décisions condamnant un individu pour dénigrement du savoir-faire d'un franchiseur sont rares pour ne pas dire inexistantes. Si la jurisprudence a longtemps vu dans la classification établie par le doyen ROUBIER une liste limitative des cas d'ouverture de l'action en concurrence déloyale¹²⁴³, le périmètre de cette action s'est étendu afin de pouvoir sanctionner une nouvelle forme d'acte de concurrence déloyale, le parasitisme économique (**C**).

¹²³⁷ LARRIEU (J.) : « Protection juridique de la présentation d'un point de vente », *Propr. industr.* n°4, avr. 2018, étude 9 ; *Cass. Com.*, 14 févr. 2012, n°10-30.872.

¹²³⁸ ROUBIER (P.) : « Théorie générale de la concurrence déloyale », *RTD com.* 1948, p. 544 ; ROUBIER (P.) : « Le droit de la propriété industrielle », *Ed. Sirey* 1952, p. 505 ; DRAGNE (J.) : « Pas d'immunité pour dénigrement par registre du commerce interposé », *Propr. industr.* n°2, Mai 2002, comm. 26 ; VIENNOIS (J.-P.) : « Reprise d'un produit marketing et concurrence déloyale », *Propr. industr.* n°9, sept. 2004, comm. 76 ; DESJEUX (X.) : « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (à propos de la sanction de la copie) », *JCP E* n°22, 30 mai 1995, 14490 ;

¹²³⁹ PASSA (J.) et LAPOUSTERIE (J.) : « Domaine de l'action en concurrence déloyale », *JCl. Concurrence – Consommation*, Fasc. 240, n°17.

¹²⁴⁰ LARRIEU (J.) : « La protection juridique de la présentation d'un point de vente », *Propr. industr.* n°4, avr. 2018, étude 9 ; LARRIEU (J.) : « Le savoir-faire et la sage-femme », *Propr. industr.* n°5, mai 2010, comm. 33.

¹²⁴¹ MALAURIE – VIGNAL (M.) : « Un dénigrement par twitter, réseau social et courriel », *CCC* n°4, avr. 2016, comm. 91.

¹²⁴² LE GOFFIC (C.) : « Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente », *JCl. Concurrence – Consommation*, Fasc. 25.

¹²⁴³ COURTIEU (G.) : « Droit à réparation – concurrence déloyale – applications pratiques : confusion et patrimoine », *JCl Civil Code*, Fasc. 132-30, n°44 et s.

A. La désorganisation du réseau du franchiseur par le détournement des éléments constitutifs du savoir-faire

179. Les connaissances acquises par le salarié du réseau, une problématique majeure en matière de concurrence déloyale. Le savoir-faire occupe une place centrale au sein de la franchise puisqu'il participe à la réussite et au développement de ce mode de distribution¹²⁴⁴. Le détournement par un tiers du savoir-faire sera constitutif d'une faute ouvrant droit à réparation pour le franchiseur¹²⁴⁵. Pour la doctrine, la désorganisation peut se définir comme « *un dommage certain, significatif et illicite subi par une organisation économique constituée par la perte d'un outil concurrentiel de l'organisation ou par la perte de la valeur concurrentielle nécessaire à son fonctionnement* »¹²⁴⁶. De la jurisprudence, il ressort que la désorganisation du réseau, résultant d'un détournement du savoir-faire, peut se matérialiser sous des formes diverses et variées¹²⁴⁷. Ainsi, il y aura désorganisation et donc concurrence déloyale lorsqu'un concurrent décidera de débaucher les salariés du réseau avec pour unique objectif de pouvoir accéder aux composantes du savoir-faire¹²⁴⁸. De plus, la question de la désorganisation se posera lorsqu'un salarié décidera de quitter le réseau pour pouvoir exercer une activité concurrente en utilisant les connaissances et les techniques qui lui ont été transmises et enseignées lorsqu'il appartenait au réseau.

180. Constitue un acte de concurrence déloyale le débauchage des salariés du réseau par un tiers dans le seul but d'accéder aux composantes du savoir-faire. Au même titre que le franchisé, le salarié du réseau a une connaissance certaine du savoir-faire. Le salarié constitue un atout aux yeux des concurrents puisqu'il peut leur permettre d'accéder au savoir-faire du franchiseur sans pour autant lui demander son autorisation. En effet, le salarié a eu, au cours de sa formation initiale, de sa formation continue et tout au long de l'exécution de son contrat de travail accès à l'essentiel des composantes du savoir-

¹²⁴⁴ MAROT (Y.) : « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 aout 1994, n°92.

¹²⁴⁵ Cass. Com., 14 févr. 2012, n°10-30.872.

¹²⁴⁶ TEXIER (M.) : « La désorganisation. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise », PU Perpignan, 2006, n°356.

¹²⁴⁷ PASSA (J.) et LAPOUSTERIE (J.) : « Domaine de l'action en concurrence déloyale », JCI. Concurrence – Consommation, Fasc. 240, n°66 et s.

¹²⁴⁸ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Concurrence déloyale et débauchage de personnel », CCC n°1, janv. 2010, comm. 10 ; MALAURIE – VIGNAL (M.) : « Le détournement de salariés peut être parasitaire », CCC n°11, nov. 2016. comm. 232.

faire. Le débauchage constitue l'une des formes de désorganisation la plus usuelle¹²⁴⁹. Par principe, le salarié est libre de pouvoir mettre un terme à son contrat de travail afin de pouvoir rejoindre un réseau concurrent. Pour la Cour de cassation, « *la simple embauche, dans des conditions régulières, d'anciens salariés d'une entreprise concurrente n'est pas en elle-même fautive* »¹²⁵⁰. Néanmoins, le salarié devra veiller à vérifier que son contrat de travail ne contient aucune clause de non-concurrence post-contractuelle. En l'absence de cette clause, le concurrent pourra librement débaucher le salarié du franchiseur ou de l'un de ses franchisés sans pour autant voir sa responsabilité être engagée puisque « *tout salarié (...) est fondé, par application de la liberté du travail et de la libre concurrence, à exercer à l'expiration de son contrat de travail la même activité pour son compte ou pour celui d'un nouvel employeur* »¹²⁵¹. Toutefois, l'embauche ne sera licite que si elle n'est pas le résultat d'agissements frauduleux du nouvel employeur destinés à désorganiser le franchiseur¹²⁵². Dans le cas contraire, le concurrent pourra voir sa responsabilité civile être engagée¹²⁵³. La clause de non-concurrence permet au franchiseur ou à l'un des franchisés d'engager la responsabilité contractuelle de l'ancien salarié, ainsi que la responsabilité délictuelle du nouvel employeur sur le fondement de la concurrence déloyale. La solution sera identique en cas de violation d'une obligation de confidentialité présente au sein du contrat de travail de l'employé¹²⁵⁴. Malgré tout, le franchiseur devra démontrer que le débauchage de ses salariés a eu pour effet de désorganiser sa société voire son réseau. La désorganisation pourra être retenue lorsque le débauchage est destiné à priver le franchiseur d'une grande partie de ses salariés affectés au département recherche et développement dont la mission consiste à faire évoluer le savoir-faire. Le simple déplacement de la clientèle ou d'une baisse du chiffre d'affaire est insuffisant pour caractériser une désorganisation subie par le franchiseur, de même que le débauchage de quelques salariés si aucun comportement déloyal n'est recensé¹²⁵⁵. Le franchiseur doit mettre en avant le fait que le débauchage dont

¹²⁴⁹ LEGEAIS (D.) : « Concurrence déloyale et parasitaire », J.-Cl Commercial, Fasc 254, n°29 et s.

¹²⁵⁰ Cass. Com., 25 janv. 2002, n°97-21.210.

¹²⁵¹ CA. Aix-en-Provence., 29 mars 2019, n°17/03788 ; CA. Chambéry, 3 mai 2016, n°14/01842.

¹²⁵² Cass. Com., 6 juin 1984, n°82-12.453, *D.* 1985, p. 156.

¹²⁵³ PICOD (Y.) : « Preuve de la tierce complicité de la violation de la clause de non-concurrence », *D.* 2003, p. 1029 ; Cass. com., 12 déc. 1995, n° 94-14.003 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La preuve du préjudice est-elle nécessaire dans l'action en concurrence déloyale ? », CCC n°5, mai 2000, p. 81.

¹²⁵⁴ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Violation de la clause de confidentialité et rupture du contrat de franchise », CCC n°3, mars 2012, comm. 68.

¹²⁵⁵ Cass. Com., 27 avr. 2011, n°10-16.618.

il est victime entraîné, d'une certaine façon une paralysie de son activité. De plus, la question de la concurrence déloyale se posera aussi lorsqu'un salarié décidera non pas de rejoindre un réseau concurrent mais bien d'exercer une activité concurrente à celle de son ancien réseau.

181. L'exercice d'une activité concurrente par un ancien salarié du réseau constitutif d'un acte de concurrence déloyale ? En raison des connaissances qu'il a acquises lors de l'exécution de son contrat de travail, le salarié peut s'apparenter à une véritable menace pour le franchiseur et son réseau. L'exercice d'une activité concurrente par un ancien salarié peut causer un dommage concurrentiel au franchiseur plus ou moins important. Toutefois, l'exercice d'une telle activité n'est pas considéré comme constitutif d'un acte de concurrence déloyale. En effet, la jurisprudence considère que l'ancien salarié ne se rend pas coupable d'actes de concurrence déloyale, si, au cours de sa nouvelle activité, il met en œuvre les connaissances et l'expérience qu'il a acquises lorsqu'il appartenait au réseau du franchiseur. D'ailleurs, la Cour de cassation rappelle que le « *salarié ne peut se reprocher d'exploiter les compétences qu'il y a acquises et toutes entreprises peut profiter du savoir et du savoir-faire ainsi acquis dans une autre entreprise* »¹²⁵⁶. En effet, il convient de distinguer le savoir-faire du salarié, qu'il est libre d'utiliser et d'exploiter, du savoir-faire du franchiseur constitué d'un ensemble d'informations confidentielles et spécifiques qui sont mises à la disposition du salarié au cours de l'exécution de sa mission¹²⁵⁷. Le franchiseur ne peut donc reprocher à un ancien salarié de son réseau d'exercer une activité concurrente à la sienne s'il exploite le savoir-faire et l'expérience qu'il a emmagasiné lors de l'exécution de son contrat de travail¹²⁵⁸. La solution sera différente si le salarié utilise directement les informations confidentielles du savoir-faire du franchiseur. Ainsi, l'ancien salarié verra sa responsabilité délictuelle engagée si le franchiseur arrive à rapporter la preuve que ledit salarié a en sa possession une copie du manuel opératoire et de l'ensemble des documents servant de support à l'exploitation du savoir-faire et qu'il s'en sert dans l'exercice de sa

¹²⁵⁶ Cass. Com., 24 sept. 2013, n°12-22.413, JurisData n°2013-020678

¹²⁵⁷ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Parasitisme : exigence de singularité ou de spécificité du savoir-faire », CCC n°12, déc. 2013, comm. 264 ; Cass. Com., 11 févr. 2003, n° 00-15.149, Bull. civ. IV, n° 17, D. 2003. p. 692.

¹²⁵⁸ DEPINCE (M.) : « La nullité d'une clause de non-concurrence au regard du droit du travail ne fait pas obstacle à la condamnation de l'ancien salarié pour concurrence déloyale », JCP E n°40, 6 oct. 2005, 1463.

propre activité. Ce n'est qu'en cas de détournement des éléments constitutifs du savoir-faire du réseau à son profit que l'ancien salarié verra sa responsabilité délictuelle être engagée. Mais la désorganisation du réseau par le débauchage ou l'exercice d'une activité concurrente ne constituent pas les seuls actes de concurrence déloyale dont peut être victime le franchiseur. Pourra également être sanctionnée au titre de la concurrence déloyale, l'imitation des produits et des services commercialisés par le franchiseur entraînant une confusion dans l'esprit du public.

B. La confusion par imitation des produits et des services commercialisés par le franchiseur

182. L'absence d'autorisation du franchiseur dans la reproduction de ses produits ou de ses services. L'absence d'un droit de propriété intellectuelle sur le savoir-faire conduit à déterminer si une imitation ou une copie servile du savoir-faire du franchiseur peuvent être effectuées librement ou au contraire constituer un acte de concurrence déloyale¹²⁵⁹. Par principe, la reproduction d'un objet ne faisant l'objet d'aucune protection est licite, tout comme la reproduction qui découle d'une nécessité fonctionnelle ou technique¹²⁶⁰. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation est venue préciser que les idées étant de libre parcours, le seul fait de reprendre, en le déclinant, un concept mis en œuvre par un concurrent ne constitue pas un acte de concurrence déloyale¹²⁶¹. La reproduction constituera un acte de concurrence déloyale si elle provoque une confusion dans l'esprit du public¹²⁶². Ainsi comme l'indique une partie de la doctrine, « *la copie servile n'est pas délictueuse en soi (...) le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduite* ». La Cour de cassation a eu l'occasion de condamner un ancien franchisé qui avait créé un réseau concurrent à celui de son ancien franchiseur en s'inspirant largement de ses méthodes et de son concept,

¹²⁵⁹ CHAVANNE (A.) et AZEMA (J.) : « Copie servile et concurrence déloyale », RTD Com. 1990 p. 386.

¹²⁶⁰ Com. 16 mai 2000, n° 98-10.230

¹²⁶¹ Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 14-20.310, D. 2017. p. 1359.

¹²⁶² VIENNOIS (J-P.) : « Commercialisation de produits identiques à ceux de son concurrent », Propr. industr. n°7-8, Juillet 2004, comm. 67 ; DORANDEU (N.) : « Action en concurrence déloyale pour confusion », D. 2003, p. 1302.

entraînant par voie de conséquence une confusion dans l'esprit du public¹²⁶³. En l'espèce, malgré la résiliation du contrat de franchise, un franchisé continuait à utiliser le logo du franchiseur dans son propre magasin et à se faire référencer sous cette marque dans l'annuaire. Mais surtout, le franchisé avait créé un réseau concurrent en s'inspirant des concepts et des méthodes du franchiseur en utilisant les mêmes tableaux de tarifs promotionnels mensuels selon un affichage en vitrine identique à celui opéré dans les magasins du réseau. En agissant de la sorte, le franchisé avait créé une confusion dans l'esprit de la clientèle du réseau du franchiseur commettant ainsi un acte de concurrence déloyale. La démonstration par le franchiseur de l'existence d'une confusion pour la clientèle¹²⁶⁴, constitue donc une condition indispensable au succès de l'action en concurrence déloyale du franchiseur¹²⁶⁵.

En définitive, l'imitation du savoir-faire du franchiseur n'est pas constitutive d'un acte de concurrence déloyale s'il n'est pas accompagné d'un risque de confusion. Toutefois, le franchiseur pourra obtenir la condamnation de l'auteur d'une imitation de son savoir-faire, malgré l'absence de confusion, en ayant recours à la notion de parasitisme économique¹²⁶⁶.

C. Le parasitisme économique, nouvelle forme d'acte de concurrence déloyale pouvant être utilisée par le franchiseur

183. Le parasitisme économique, une notion complémentaire à celle de la concurrence déloyale. La théorie du parasitisme a fait son apparition en France par l'intermédiaire des travaux d'Yves SAINT-GAL¹²⁶⁷. La jurisprudence voyant dans la classification établie par le doyen ROUBIER une liste limitative des cas d'ouverture de

¹²⁶³ Cass. com., 14 févr. 2012, n° 10-30.872 : JurisData n° 2012-002202 ; RJDA 2012, n° 723 ; Propr. industr. 2012, chron. 8, n° 16, obs. J. Larrieu

¹²⁶⁴ LECOURT (A.) : « Pour un plagiaire, le pain des autres est du gâteau, ou de l'absence de concurrence déloyale dans le secteur de la boulangerie », AJCA 2016, p. 93 ;

¹²⁶⁵ POLLAUD-DULIAN (F.) : « Contrefaçon. Caractéristiques originales. Risque de confusion. Distinction avec la concurrence déloyale », RTD Com. 2015, p. 529 ; JOUVEN (C.) et KARINE (M.) : « Comment protéger un concept ? », IP/IT 2016, p. 597.

¹²⁶⁶ CA Versailles., 27 janv. 2010, n°08/08996, JurisData n°2010-000649 ; Propr. Industr. 2010, comm. 33, J. Larrieu.

¹²⁶⁷ SAINT-GAL (Y.) : « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire », Propr. Industr. 1956, 19 et s ; PIRONON (V.) : « Reprise parasitaire d'informations publiées en ligne : avènement de la jurisprudence Shaddock ? », CCE n°2, fév.2013, comm. 16.

l'action en concurrence déloyale, le parasitisme est longtemps resté dans l'ombre de cette dernière¹²⁶⁸. Aujourd'hui il est possible d'affirmer que le parasitisme ne constitue pas une notion distincte de la concurrence déloyale mais plutôt comme étant son prolongement¹²⁶⁹. Il constitue, au même titre que la confusion et la désorganisation, un comportement déloyal sanctionné sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Pour la Cour de cassation, le parasitisme se définit comme étant un « *ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »¹²⁷⁰. Pour la doctrine, commet un acte de parasitisme « *quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui* »¹²⁷¹. Au sein de la notion de parasitisme il convient de distinguer la concurrence parasitaire des agissements parasitaires¹²⁷². Il y aura concurrence parasitaire lorsqu'un agent économique se comporte comme un parasite à l'égard d'un autre agent avec lequel il se trouve situation de concurrence¹²⁷³. En l'absence de cette situation de concurrence, le comportement de l'entreprise parasite sera qualifié d'agissements parasitaires¹²⁷⁴. Le parasitisme constituant le prolongement de l'action en concurrence déloyale, le franchiseur devra démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice, et d'un lien de causalité entre les deux¹²⁷⁵. Il ne sera pas tenu de démontrer l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle même si ce risque est, dans la plupart des cas, présent¹²⁷⁶. En se plaçant sur le terrain du parasitisme, le franchiseur devra démontrer que son savoir-faire est le résultat d'investissements plus ou moins importants, qu'il jouit

¹²⁶⁸ COURTIEU (G.) : « Droit à réparation – concurrence déloyale – applications pratiques : confusion et patrimoine », JCl. Civil Code, Fasc. 132-30, n°44 et s.

¹²⁶⁹ LE TOURNEAU (P.) : « Le bon vent du parasitisme », CCC n°1, janv. 2001, chron. 1.

¹²⁷⁰ Cass. com., 26 janv. 1999, n° 96-22.457, D. 2000. 87, note Y. Serra ; LE TOURNEAU (P.) « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! – De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui généré spécifique à créer », CCE n°10, oct. 2017, étude 16.

¹²⁷¹ LE TOURNEAU (P.) : « Parasitisme – Notion de parasitisme », JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 570, n°80.

¹²⁷² SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « Où commence le parasitisme ? », Propr. industr. n°2, févr. 2006, comm. 20.

¹²⁷³ PICOD (Y.) : « Concurrence déloyale », Rép. com, n°192 et s.

¹²⁷⁴ LARRIEU (J.) : « Le diable est dans les détails, le parasitisme aussi », Propr. industr. n°1, janv. 2015, comm. 7.

¹²⁷⁵ Cass. com., 31 mars 2015, n°14-12.391, JurisData n°2015-007287.

¹²⁷⁶ Cass. com., 29 nov. 2011, n°10-26.280 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Risque de confusion et produit qualité de banal », Propr. industr. n°7-8, juill. 2003, comm. 65 ; MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Autonomie de l'action en concurrence déloyale », CCC n°6, juin 2019, dossier 4 ;

d'une certaine notoriété et, enfin, que le tiers a eu l'intention de se placer dans son sillage afin de profiter de ses investissements et donc de son savoir-faire¹²⁷⁷.

184. La démonstration par le franchiseur de la valeur économique et de la notoriété de son savoir-faire. Pour la jurisprudence et la doctrine, le parasitisme suppose du franchiseur qu'il démontre qu'il a réalisé des efforts, c'est-à-dire qu'il a effectué un certain nombre d'investissements, lui permettant de concevoir un réel savoir-faire¹²⁷⁸. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises qu'une action en parasitisme ne pouvait aboutir lorsque le parasite ne rapportait la preuve « *ni de la notoriété du savoir-faire invoqué, ni des investissements réalisés pour conférer à celui-ci une valeur économique* »¹²⁷⁹. Par exemple, a été rejetée l'action en parasitisme intentée par le franchiseur à l'encontre de son ancien franchisé lui reprochant de s'être approprié son concept et son savoir-faire relatif à la conception de guides touristiques alors que « *les techniques commerciales de vente étaient communes dans le franchisage de distribution, le franchiseur ne rapport(ant) pas la preuve d'un savoir-faire propre résultant d'un travail de recherche et d'efforts intellectuels importants* »¹²⁸⁰. Pour la jurisprudence, les investissements qui peuvent être de nature intellectuelle, technique ou publicitaire¹²⁸¹, doivent aboutir à un savoir-faire qui procure à ses utilisateurs un avantage concurrentiel¹²⁸². Par ailleurs, le franchiseur doit jouir d'une certaine notoriété résultant de l'exploitation de son savoir-faire et qui confère à ce dernier une valeur économique. A défaut, l'action en parasitisme ne saurait aboutir. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a débouté un franchiseur en affirmant que « *les dossiers de commandes ainsi que les modèles de maison proposés (sur le site de l'ancien franchisé) présent(ai)ent une similarité technique, mais (...) ne constitu(ai)ent pas des éléments d'usurpation en ce qu'ils (étaient) usuels et ne caractéris(ai)ent aucunement la notoriété et la spécificité du franchiseur* »¹²⁸³. De plus, la mise en œuvre de l'action en parasitisme suppose que « *le comportement de l'une des parties détermine une influence négative sur l'activité de son*

¹²⁷⁷ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La protection des savoir-faire et motifs traditionnels – Pour la défense d'une mode éthique », CCC n°2, févr. 2019, étude 4.

¹²⁷⁸ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La Cour de cassation exige que la preuve de l'investissement soit rapportée pour caractériser un parasitisme économique », CCC n°10, oct. 2016. comm. 209.

¹²⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2012, n° 10-24.696 ; Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2015, n° 14-14.501.

¹²⁸⁰ CA. Caen., 12 mars 2015, n° 14/01157.

¹²⁸¹ CA. Toulouse., 19 oct. 1988 : D. 1989. p. 290.

¹²⁸² Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-18.299. JurisData n° 2011-018102.

¹²⁸³ CA. Paris., 21 juin 2017, n°15/15949, JurisData n°2017-013715.

adversaire et puisse ainsi perturber le jeu normal de la concurrence (...) »¹²⁸⁴. Les efforts réalisés par le franchiseur ne sont pas exclusivement d'ordre financier puisqu'ils peuvent aussi être de nature intellectuelle, matérialisés par le temps consacré par le franchiseur afin de concevoir son savoir-faire. Outre le fait de devoir justifier de la réalisation d'un certain nombre d'investissements, le franchiseur devra aussi démontrer le caractère intentionnel de l'atteinte à son savoir-faire.

185. L'obligation pour le franchiseur de démontrer le caractère intentionnel de l'atteinte à son savoir-faire. Le franchiseur devra démontrer que le pillage de son savoir-faire résulte d'une faute intentionnelle de la part du parasite. En l'absence d'élément intentionnel, l'agent économique ne peut voir sa responsabilité être engagée. La Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à censurer les décisions dans lesquelles les juges du fond ne mettent pas en exergue ledit élément intentionnel¹²⁸⁵. Ainsi dans un arrêt rendu le 20 mars 2014, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a pu affirmer : *« qu'ayant souverainement estimé que la preuve de la recherche d'une économie au détriment d'un concurrent, par reprise du savoir-faire, de notoriété ou des fruits d'investissements, n'était pas rapportée, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande formée au titre du parasitisme n'était pas fondée »¹²⁸⁶. Un ancien franchisé sera condamné pour parasitisme s'il continue malgré la résiliation du contrat de franchise à exploiter le savoir-faire et l'enseigne du franchiseur¹²⁸⁷. Mais c'est surtout en matière d'agencement du point de vente, qui constitue une composante essentielle du savoir-faire¹²⁸⁸, que le parasitisme est le plus présent en matière de franchise¹²⁸⁹. Ainsi, un franchisé se rendra coupable d'acte de parasitisme lorsqu'il décidera d'ouvrir son propre restaurant en reproduisant le toit à deux pentes de couleur rouge qui constitue un élément caractéristique des restaurants du*

¹²⁸⁴ CA. Orléans., 31 mars 2011, n°10/02384.

¹²⁸⁵ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Concurrence déloyale et parasitaire », CCC n°4, avr. 2014, comm. 90 ; PIOT (P.) : « La délicate application de la théorie du parasitisme en matière de reprise d'information », Gaz. pal. 8 juin 2014.

¹²⁸⁶ Cass. com., 20 mars 2014, n°12-18-518.

¹²⁸⁷ Cass. com., 28 mai 2013, n°11-27.256, JurisData n° 2013-010751.

¹²⁸⁸ Cass. Com., 26 mars 1996, n°94-14.853, JurisData n°1996-001397 ; CA. Paris., 2 déc. 2015, n°13/12219, JurisData n°2015-027213 ; CA. Montpellier, 2 fév. 2010, n°09/00785, JurisData n°2010-007279 ; CA. Paris., 25 sept. 1998, n°1997/01279, JurisData n°1998-024245 ;

¹²⁸⁹ LARRIEU (J.) : « Protection juridique de la présentation d'un point de vente », Propr. industr. n°4, avril 2018, étude 9.

franchiseur sans lui en demander l'autorisation¹²⁹⁰. Sera aussi condamné le franchisé qui poursuit son activité dans ses propres locaux en employant les mêmes couleurs ainsi que les mêmes éléments décoratifs que ceux utilisés par le franchiseur¹²⁹¹. Toutefois, il est impératif que l'agencement du point de vente du franchiseur et de ses franchisés, intérieur ou extérieur, présente une certaine originalité¹²⁹². Dans le cas contraire, le franchiseur ne pourra agir sur le terrain du parasitisme si l'agencement de ses points de vente répond à des considérations uniquement de nature fonctionnelle. En effet, ses concurrents pourront recourir aux mêmes techniques et artifices de présentation sans pour autant engager leurs responsabilités¹²⁹³. Quand bien même le franchiseur aurait rapporté la preuve que le comportement d'un tiers est constitutif d'un comportement déloyal, encore faut-il qu'il ait subi un préjudice.

Paragraphe III. De la nécessité pour le franchiseur de démontrer l'étendue de son préjudice

186. L'existence en matière de concurrence déloyale d'une présomption irréfragable de préjudice. L'action en concurrence déloyale n'est rien d'autre qu'une action en responsabilité civile pour faute. C'est la raison pour laquelle, la Cour de cassation et les juridictions du fond réaffirment sans cesse que le succès d'une telle action implique : « *l'existence d'une faute commise par le défendeur mais aussi un préjudice subi par le demandeur* »¹²⁹⁴. Théoriquement, le franchiseur qui s'estime victime d'actes de concurrence déloyale portant sur son savoir-faire devra démontrer que ces actes lui causent un préjudice direct et personnel. Mais, en matière de concurrence déloyale, cette preuve peut être plus difficile à rapporter qu'il n'y paraît. En effet, la libre concurrence suppose que la clientèle est libre de changer de concurrents et qu'elle n'est pas tenue à un devoir de fidélité à leur égard. Le déplacement de la clientèle entre concurrents ne constitue rien d'autre qu'une

¹²⁹⁰ CA. Paris., 15 fév. 2017, n°14/15753, JurisData n°2017-002990.

¹²⁹¹ CA. Toulouse., 22 mai 2007, n°06/03460, JurisData n°2007-343492.

¹²⁹² MALAURIE-VIGNAL (M.) : « L'ouverture dans une grande surface d'un espace de vente de produits parapharmaceutiques est-elle constitutive d'un acte de parasitisme ? », CCC n°3, Mars 2001, p. 43.

¹²⁹³ CA. Caen., 11 juin 2009, n°08/00019 ; CA. Paris., 13 nov. 2014, n°13/03253, JurisData n°2014-028415 ; CA. Paris., 24 mai 2016, n°15/06153, JurisData n°2016-010222.

¹²⁹⁴ Cass. Com., 19 juill. 1976, JCP 1976. II. 18507 ; Cass. Com., 24 fév. 1987, n° 85-14.699, Bull. civ. IV, n° 52 ; CA. Versailles, 8 déc. 1994, D. 1995. p. 261.

conséquence logique du jeu de la libre concurrence¹²⁹⁵. Cependant, la Cour de cassation est venue poser une présomption irréfragable de préjudice selon laquelle « *l'existence d'un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale (...) fût-il seulement moral* »¹²⁹⁶, ou encore « *s'infère nécessairement d'actes (...) de concurrence déloyale un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral* »¹²⁹⁷. Profitant des nouvelles normes de rédaction et de motivation de ses arrêts, la haute juridiction est venue rappeler, dans un important arrêt, qu'en matière de responsabilité pour concurrence déloyale que la « *jurisprudence, qui énonce une présomption de préjudice, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer* »¹²⁹⁸. C'est donc pour extraire la victime de la difficulté probatoire dans laquelle elle se trouve que cette présomption de préjudice a été créée¹²⁹⁹. En effet, malgré les éléments de preuve à disposition du franchiseur, ce dernier peut être dans l'incapacité de quantifier son préjudice lorsqu'il est victime de certains agissements et notamment parasites, sauf à « *engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu* »¹³⁰⁰. C'est justement pour éviter de telles dépenses que cette présomption existe. Mais, si elle a pour effet de dispenser la victime d'établir son préjudice, elle ne la dispense pas d'en démontrer son étendue¹³⁰¹. Or, l'étendue du préjudice varie en fonction de la nature même de l'acte de concurrence déloyale dont a été victime le franchiseur et par ricochet les membres de son réseau.

187. Le préjudice subi par le franchiseur matérialisé par une dépréciation de son savoir-faire. A travers l'action en concurrence déloyale ou parasitaire, le franchiseur cherche à obtenir réparation du préjudice qu'il a subi en raison du comportement déloyal d'un ou plusieurs tiers au réseau, se traduisant par une atteinte à son savoir-faire. Ce

¹²⁹⁵ PICOD (Y.) : « Absence de présomption de responsabilité résultant d'un déplacement de clientèle », *D.* 2004, p. 1157.

¹²⁹⁶ Cass. com., 22 oct. 1985, n°83-15.096 ; Cass. Com., 27 février 1996, n° 94-16.885, *D.* 1997. p. 104.

¹²⁹⁷ Cass. com., 28 sept. 2010, n°09-69.272, *JurisData* n°2010-017133.

¹²⁹⁸ Cass. com. 12 févr. 2020, n°17-31-614 ; REBEYROL (V.) : « Précisions sur la réparation du préjudice causé par des faits de concurrence déloyale », *JCP G* n°26, 29 juin 2020, p. 792.

¹²⁹⁹ BARBIER (H.) : « La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme », *RTD Civ.* 2020, p. 391.

¹³⁰⁰ Cass. com. 12 févr. 2020, n°17-31-614.

¹³⁰¹ JOURDAIN (P.) : « Vers un nouveau mode d'évaluation du préjudice économique consécutif à des actes de concurrence déloyale ou parasitaire », *RTD Civ.* 2020, p. 142.

préjudice, qui peut être moral, est la plupart du temps d'ordre financier¹³⁰². Il se matérialisera par une baisse de son chiffre d'affaires, ainsi qu'une dépréciation de son savoir-faire et donc de l'avantage concurrentiel qui en découle¹³⁰³. Une telle perte peut avoir de graves conséquences pour le franchiseur mais surtout pour l'ensemble de son réseau puisque l'octroi d'un avantage concurrentiel constitue l'un des motifs d'adhésion des franchisés au contrat de franchise. Si le franchiseur ne dispose plus d'un avantage concurrentiel, ses franchisés pourraient ainsi remettre en cause leurs engagements contractuels. Mais, lorsque le franchiseur est victime d'actes parasitaires, l'étendue de son préjudice sera plus difficile à évaluer. Comme l'indique la Cour de cassation, « *si les effets préjudiciables de pratiques tendant à détourner ou s'appropriier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent peuvent être assez aisément démontrés, en ce qu'elles induisent des conséquences économiques négatives pour la victime (...), tel n'est pas le cas de ceux des pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu.* »¹³⁰⁴. Ainsi, les hauts magistrats n'ont pas hésité à préciser qu'il y avait lieu d'admettre « *que la réparation du préjudice (pouvait) être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes* ». En effet, dans cet arrêt soumis à une large diffusion, la société CDM, spécialisée dans la fabrication de produits en cristal, reprochait à sa concurrente, la société CDP, dont le siège social était à proximité du sien, des actes déloyaux. Pour la société CDM, sa concurrente trompait le consommateur sur la composition et la provenance de ses produits, ce qui lui aurait permis de jouir d'un avantage concurrentiel au détriment du sien. La société CDM intenta une action afin que soit prononcé l'arrêt des actes déloyaux mais

¹³⁰² CA. Orléans., 31 mars 2011, n°10/02384.

¹³⁰³ TILLOY (C.) : « Concurrence déloyale – Action en concurrence déloyale », JCl. Procédures Formulaire, Fasc. 10, n°222 et s.

¹³⁰⁴ Cass. com. 12 févr. 2020, n°17-31-614

surtout qu'une indemnité lui soit accordée en réparation de son préjudice. Les juges du fond condamnèrent la société CDP à payer la somme de 300.000 € à la société CDM en réparation de son préjudice. La société CDP forma un pourvoi en cassation, en reprochant aux juges du fond d'avoir pris en compte dans le calcul de l'indemnisation uniquement l'économie qui aurait été réalisée par la société CDP. Pour cette dernière, ce mode de calcul constituait une atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice. Mais la Cour de cassation après avoir réaffirmé, d'une part, qu'il existe une présomption de préjudice en matière de concurrence déloyale, et, d'autre part, que la preuve de l'étendue du préjudice peut être difficile à rapporter par la victime, rejeta le pourvoi aux motifs que « *la Cour d'appel a pu, pour évaluer l'indemnité devant être allouée à la société CDP, tenir compte de l'économie injustement réalisée par la société CDP, qu'elle a modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par lesdits agissements.* »¹³⁰⁵. L'apport principal de l'arrêt réside ainsi dans la méthode d'évaluation du préjudice subi par la victime, puisque ce n'est pas la perte subie ou le manque à gagner de la victime qui a été pris en compte dans le calcul de son indemnisation, mais l'économie réalisée par l'auteur des pratiques déloyales¹³⁰⁶. Or, par une telle décision, la chambre commerciale semble renverser sa propre jurisprudence, puisqu'elle avait énoncé par le passé « *que le préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme ne s'identifie pas à l'économie réalisée par l'auteur de ces actes* »¹³⁰⁷. En définitive, ce nouveau mode d'évaluation du préjudice est profitable à la victime dans la mesure où la somme allouée sera potentiellement supérieure à la perte réellement enregistrée. Mais cette solution interpelle, quant à sa généralisation en dehors de situations parasitaires, puisque selon le raisonnement de la Cour de cassation, il n'existe aucune difficulté pour la victime à mesurer l'étendue de son préjudice lorsqu'elle est victime de confusion, de dénigrement ou de désorganisation. En effet, la prise en compte de l'économie réalisée dans le calcul de l'indemnisation due au franchiseur, sera à coup sûr bénéfique pour ce dernier lorsqu'il est victime d'actes classiques de concurrence déloyale. Le franchiseur percevra, d'une part, une indemnisation égale à la dépréciation de son savoir-

¹³⁰⁵ Cass. com. 12 févr. 2020, n°17-31-614

¹³⁰⁶ JOURDAIN (P.) : « Vers un nouveau mode d'évaluation du préjudice économique consécutif à des actes de concurrence déloyale ou parasitaire », RTD Civ. 2020, p. 142.

¹³⁰⁷ Cass. Com., 21 févr. 2012, n°10-27.966 ; SERRA (Y.) : « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme – Centre de droit de la concurrence », D. 2012, p. 2760 ;

faire¹³⁰⁸, et, d'autre part, une somme égale à l'économie réalisée par l'auteur. Mais, avant de penser à l'indemnisation de son préjudice, il est primordial que le franchiseur intente une action en justice afin de faire cesser l'atteinte à son savoir-faire.

188. Les actions ouvertes au franchiseur afin de faire cesser un acte de concurrence déloyale. En ayant recours à l'action en concurrence déloyale ou parasitaire, le franchiseur cherche à obtenir réparation de son préjudice subi, mais également à faire cesser l'atteinte à son savoir-faire¹³⁰⁹. Encore-faut-il, au préalable, que le franchiseur démontre qu'il est titulaire d'un savoir-faire comme l'a rappelé la Cour d'appel de Paris¹³¹⁰. En l'espèce, une société avait pour activité de prescrire des conseils en organisation et en gestion des entreprises et l'assistance technique dans le domaine de l'horlogerie, la bijouterie et la joaillerie. A la suite du décès de son fondateur et de dissensions au sein de l'organe de direction, 38 franchisés ont quitté le réseau et 24 d'entre eux ont fondé un réseau concurrent. L'ancien franchiseur a alors intenté à leur encontre une action en concurrence déloyale en leur reprochant d'avoir utilisé son savoir-faire et les informations mises à leur disposition lorsqu'ils étaient franchisés ce qui a eu pour effet de les rendre immédiatement opérationnels sans pour autant avoir à réaliser d'importants investissements pour mettre au point leur propre savoir-faire. Or, en l'espèce, le franchiseur ne donnait aucune définition de son savoir-faire ce qui rendait impossible la comparaison des méthodes commerciales et de gestion des deux réseaux, l'agencement de leurs magasins et la présentation de leurs marchandises à la clientèle. En effet, la preuve n'était pas établie que les franchisés avaient profité des efforts et des investissements réalisés par le franchiseur pour développer leurs propres activités et réseaux¹³¹¹. S'il a prouvé la réalité de son savoir-faire, le franchiseur devra, et avant toute action au fond, saisir la juridiction de référé afin qu'elle condamne sous astreinte le tiers à cesser l'ensemble des comportements et des pratiques constitutifs d'actes de concurrence déloyale et parasitaire. Cependant, les dispositions de l'article 9 du Code de procédure civile imposent au franchiseur de rapporter la preuve qu'un agent économique

¹³⁰⁸ CA. Paris., 27 sept. 2000, *D.* 2001. p. 1309.

¹³⁰⁹ LARRIEU (J.) : « Réparation forfaitaire du préjudice de concurrence déloyale », *Prop. industr.* n°2, fév. 2011, comm. 20.

¹³¹⁰ CA. Orléans., 31 mars 2011, n°10/02384 ;

¹³¹¹ CA. Paris., 6 mai 2002, *JurisData* n°2002-179307.

porte atteinte à son savoir-faire en ayant adopté des pratiques déloyales ou parasitaires¹³¹². Afin de rapporter une telle preuve, le franchiseur pourra recourir aux dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile. Cet article prévoit que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». Au visa de cet article, le franchiseur pourra solliciter, auprès du Président de la juridiction compétente, par voie de requête, la désignation d'un huissier de justice avec pour mission de se rendre dans les locaux du défendeur, assisté d'un technicien ou d'un informaticien et d'un officier de police judiciaire, afin de constater la présence des éléments constitutifs du savoir-faire du franchiseur (présentation du point de vente, manuel opératoire, techniques de vente etc.). A la suite de la remise par l'huissier de son procès-verbal de constat, le franchiseur saisira la juridiction de référé afin qu'elle condamne sous astreinte le tiers à cesser l'ensemble des actes déloyaux. Le franchiseur pourra aussi solliciter de la juridiction de référé la condamnation du tiers à lui verser une provision sur le préjudice qu'il a subi. Il devra ensuite saisir la juridiction du fond afin d'obtenir une réparation intégrale de son préjudice. Encore faut-il que le franchiseur démontre l'existence d'un lien de causalité entre la faute dont il est victime et son préjudice.

Paragraphe IV : La détermination du lien de causalité existant entre la faute et le préjudice subi

189. L'appréciation souple du lien de causalité par les juges du fond. Comme vu précédemment, il existe, en matière de concurrence déloyale, une présomption irréfragable du préjudice découlant de l'acte de concurrence déloyale lui-même. Ainsi, dès lors que le fait générateur d'un acte de concurrence déloyale est établi, il implique automatiquement l'existence d'un préjudice. Il existe donc une forme de souplesse dans l'obligation pour la victime de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre la faute et son préjudice par rapport à une action classique en responsabilité. Mais l'existence d'une présomption ne signifie pas pour autant que, pour obtenir une indemnisation, le franchiseur

¹³¹² Art. 9 du C. pr. civ : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

doit se contenter d'arguer de l'existence d'une faute¹³¹³. Ainsi, la Cour d'appel de Metz, pour rejeter une action en concurrence déloyale, a retenu qu'aucun agissement de concurrence déloyale ne pouvait être retenu à l'encontre du défendeur dès lors qu'il était établi que la clientèle s'était déplacée spontanément, mais surtout que la demanderesse ne démontrait pas en quoi ledit déplacement était la conséquence des manœuvres déloyales¹³¹⁴. Lorsque le franchiseur satisfera à l'ensemble des conditions de fond de l'action en concurrence déloyale, il pourra faire cesser l'atteinte à son savoir-faire et engager la responsabilité civile de son auteur.

Quant à l'adoption de la loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires, elle ouvre une nouvelle possibilité pour le franchiseur de protéger son savoir-faire et d'obtenir une meilleure indemnisation de son préjudice.

Section II : Le secret des affaires, un nouveau moyen de protection de nature civile du savoir-faire du franchiseur ?

190. Plan. Les dispositions contenues à l'article 1112-1 du Code civil semblent constituer les prémices de la volonté du législateur d'assurer une protection accrue des données et des informations stratégiques des entreprises. Ces informations, qui sont dotées d'une valeur marchande parfois importante, font partie intégrante de l'actif immatériel de leur détenteur¹³¹⁵. Ce dernier doit donc veiller à préserver la valeur économique de ses informations en mettant en place un ensemble de procédés ou de techniques contractuelles à cette fin¹³¹⁶. A ce titre, le savoir-faire constitue un ensemble d'informations stratégiques pour le franchiseur puisqu'il constitue la condition *sine qua none* de l'existence de son réseau et de la réussite de ses franchisés. En principe, ses concurrents ne pourront avoir accès de manière licite aux éléments constitutifs du savoir-faire qu'en adhérant à son réseau¹³¹⁷. La confidentialité est donc un enjeu majeur pour le franchiseur ainsi que pour l'ensemble de ses

¹³¹³ SERRA (Y.) : « Le fondement de l'action en concurrence déloyale étant la responsabilité civile, il doit y avoir preuve d'une faute personnelle impliquant un préjudice ». *D.* 1995, p. 261.

¹³¹⁴ CA. Metz., 31 mars 2016, n°14/01842.

¹³¹⁵ GARINOT (J-M.) : « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », *AJ contrat* 2018, p. 412.

¹³¹⁶ LAPOUSTERLE (J.) : « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ? », *D.* 2016, p. 1072.

¹³¹⁷ GALLOUX (J-C.) : « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD. Com.* 2018 p. 643.

franchisés si bien que le savoir-faire semble pouvoir être assimilé à un véritable secret des affaires. Sous l'influence et l'impulsion du législateur européen, le droit français s'est doté, par l'intermédiaire de loi du 30 juillet 2018, d'un ensemble de dispositions visant à protéger le secret des affaires (**Paragraphe I**). Si cette loi n'est nullement spécifique à la franchise, il n'empêche que les conditions posées par le législateur afin qu'une information puisse bénéficier de ce régime de protection, laisse à penser que le franchiseur pourra recourir à ces nouvelles dispositions pour faire cesser toute atteinte à son savoir-faire (**Paragraphe II**). Outre l'identification des comportements répréhensibles, le législateur prévoit toute une série de mesures destinées, d'une part, à faire cesser les atteintes aux informations sensibles et surtout, d'autre part, à permettre à la victime d'obtenir la réparation de son préjudice (**Paragraphe III**). Il convient, toutefois, de vérifier s'il est réellement utile pour le franchiseur d'utiliser ces nouvelles dispositions plutôt que les actions issues de la théorie de la concurrence déloyale et parasitaire (**Paragraphe IV**).

Paragraphe I : De l'influence du législateur européen dans l'adoption d'une protection du secret des affaires en droit français

191. L'instauration d'une protection du secret des affaires en droit français : un « serpent de mer »¹³¹⁸. L'idée d'adopter en droit français un ensemble de mesures destinées à instaurer une véritable protection du secret des affaires n'est pas nouvelle. Dès 2004, la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, dans son rapport consacré à « *la stratégie de sécurité économique nationale* », appelait de ses vœux la mise en place d'une protection du secret des affaires. Pour son rapporteur, il y avait urgence à ce que la France se dote d'un tel outil législatif puisqu'en « *l'état actuel du droit, les informations sensibles de l'entreprise ne sont protégées que par un ensemble de textes dont la cohérence et l'efficacité restent imparfaites. La législation permettant aux entreprises de protéger leurs informations stratégiques demeure largement lacunaire. Il faut donc créer un nouveau droit du secret des affaires permettant à une entreprise, si elle a respecté un référentiel de protection de l'information, de poursuivre les personnes cherchant à utiliser*

¹³¹⁸ LAPOUSTERLE (J.) : « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ? », *D.* 2016, p. 1072 ; AZEMA (J.) : « La protection du secret des affaires dans la perspective de la proposition de directive européenne », *Prop. industr.* 2014, étude. 17.

frauduleusement, piller ou divulguer ses informations sensibles »¹³¹⁹. Dans la continuité de ce rapport, une proposition de loi visant à créer au sein du Code pénal un délit relatif à la violation du secret des affaires fut déposée. Malgré son adoption par l'Assemblée Nationale en première lecture, son examen ne fut jamais programmé à l'ordre du jour du Sénat. Une seconde proposition de loi fut présentée le 16 juillet 2014 avec pour objectif principal d'instaurer un régime de protection à la fois civil et pénal du secret des affaires¹³²⁰. Cette proposition resta lettre morte tout comme celle présentée lors de l'examen du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « *loi Macron* »¹³²¹. Les causes de ces échecs successifs sont multiples mais s'expliquent essentiellement en raison des caractéristiques des informations dont il s'agit d'assurer la protection. En effet, à travers la protection du secret des affaires le législateur cherche à reconnaître au titulaire d'une information, qui est pourtant par définition un bien insaisissable, un ensemble de privilèges et de prérogatives¹³²². Il aura donc fallu attendre le 30 juillet 2018 pour qu'une loi relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales confidentielles contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites soit promulguée. Si le droit français comporte aujourd'hui, au sein du Code de commerce, des dispositions protectrices du secret des affaires, ces dispositions ont été adoptées dans l'urgence afin de transposer une directive européenne datant de 2016¹³²³.

192. L'harmonisation de la législation des États membres en matière de protection du secret des affaires, objectif principal de la directive européenne du 8 juin 2016. La problématique de la protection du secret des affaires est assez ancienne au niveau européen et international. En effet, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dit « *ADPIC* », adopté en 1994, affirme à son article 39.2 que « *les personnes physique ou morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux*

¹³¹⁹ Rapport d'information sur la stratégie de sécurité économique déposé par le Commission des finances, de l'économie générale et du plan le 9 juin 2004.

¹³²⁰ DELPECH (X.) : « Le secret des affaires bientôt protégé par la loi ? », *AJ contrat* 2015, p. 52.

¹³²¹ LAPOUSTERLE (J.) : « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ? », *D.* 2016, p. 1072.

¹³²² DHENNE (M.) : « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *D.* 2018, p. 1817.

¹³²³ RODA (J.-C.) : « Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ? », *D.* 2018, p. 1318.

honnêtes, sous réserve que ces renseignements : soient secrets (...); aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets (...); aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ». Toutefois, malgré l'adoption de ce texte, annexé à celui instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, la protection du secret des affaires était sujette à d'importantes disparités au sein des législations des Etats membres de l'Union européenne. La Commission Européenne avait d'ailleurs tiré le constat selon lequel « *les secrets d'affaires sont l'une des formes de protection de la création intellectuelle et des savoir-faire innovants les plus couramment utilisées par les entreprises, et, en même temps, ils sont les moins protégés par le cadre juridique existant de l'Union contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite par d'autres parties* ». En effet, certains États membres, dont la France, ne comprenait dans leur législation ni définition du secret des affaires, ni dispositions destinées à assurer sa protection¹³²⁴. Afin de proposer aux entreprises européennes une meilleure protection de leurs informations confidentielles et stratégiques¹³²⁵, la directive du 8 juin 2016 fut adoptée par les instances européennes. A travers celle-ci, l'Union européenne a clairement affiché sa volonté d'harmoniser les législations existantes. Pour l'Union européenne, il convenait « *de mettre en place (...) des règles pour rapprocher les droits des Etats membres de façon à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires* ». Autrement dit, la directive avait pour finalité de protéger les informations commerciales et les savoir-faire qui, sans faire l'objet d'un droit de propriété, confèrent à leur détenteur une valeur économique et un avantage concurrentiel¹³²⁶. La directive s'est donc efforcée de donner une définition du secret des affaires et de distinguer les situations licites et illicites d'obtention, d'utilisation et de divulgation de secret d'affaires, situations reprises à l'identique par la loi du 30 juillet 2018¹³²⁷.

¹³²⁴ TREPPOZ (E.) : « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », RTD Eur. 2017, p. 868 ; GALLOUX (J.-C.) : « L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires », RTD. Com. 2017 p. 59.

¹³²⁵ LAPOUSTERLE (J.) : « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », IP/IT 2016, p. 493.

¹³²⁶ DELPECH (X.) : « Adoption de la directive sur la protection des secrets d'affaires », AJ contrat 2016, p. 216.

¹³²⁷ DE MAISON ROUGE (O.) : « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », IP/IT 2018, p. 659.

193. La consécration en droit français du secret des affaires à travers la loi du 30 juillet 2018. La loi du 30 juillet 2018 a ajouté au livre Ier du Code de commerce, un titre V relatif à la protection du secret des affaires lui-même divisé en quatre chapitres¹³²⁸. Ces chapitres ont vocation à fixer l'objet et les conditions de la protection et les actions mises à la disposition de la victime pour faire cesser une atteinte au secret des affaires ainsi que pour réparer son préjudice. Ils comportent aussi tout un ensemble de mesures permettant la protection du secret des affaires devant les juridictions civiles et commerciales¹³²⁹. Toutefois, le franchiseur qui souhaiterait se prévaloir de ces nouvelles dispositions devra démontrer que son savoir-faire constitue un secret des affaires au sens des articles L151-1 et suivants du Code de commerce¹³³⁰.

Paragraphe II : De l'objet et des conditions de protection du savoir-faire au titre du secret des affaires

194. Les conditions du bénéfice de la protection par le secret des affaires du savoir-faire. Le nouvel article L. 151-1 du Code de commerce pose le principe selon lequel *« est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret »*. Si le législateur n'a pas pris le soin de donner une définition du secret des affaires, il est possible d'affirmer au regard des critères cumulatifs énumérés ci-dessus que le secret des affaires est constitué par une ou plusieurs informations inconnues par les acteurs d'un secteur d'activité, jouissant d'une valeur

¹³²⁸ DELPECH (X.) : « Transposition de la directive sur la protection des secrets d'affaires », AJ contrat 2018, p. 349.

¹³²⁹ CASTEL (D.) : « Protection du secret des affaires – la loi publiée », Juris associations 2018, n°584, p. 8.

¹³³⁰ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La protection des savoir-faire et motifs traditionnels – Pour la défense d'une mode éthique », CCC n°2, févr. 2019, étude 4 ; PIHERY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

commerciale et qui a fait l'objet par son détenteur légitime de mesures de protection dans le seul but d'en conserver et d'en préserver son caractère secret¹³³¹. Dans ces conditions, le savoir-faire du franchiseur apparaît comme étant une forme d'expression du secret des affaires. En effet, le règlement d'exception de 2010 a défini le savoir-faire comme « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, secret signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible (...)* »¹³³². Le savoir-faire peut donc être assimilé à un secret des affaires puisqu'il est nécessaire qu'il soit secret afin d'en préserver sa valeur commerciale. Néanmoins, un auteur met en garde sur les éventuelles difficultés que pourraient rencontrer le franchiseur qui déciderait d'agir sur le terrain du secret des affaires¹³³³. En effet, le législateur laisse aux juges du fond une marge d'appréciation assez importante pour considérer que telles ou telles informations constituent ou non un secret des affaires. Il existe donc un risque qu'une juridiction affirme que le savoir-faire d'un franchiseur ne constitue pas un secret des affaires au sens des nouvelles dispositions et ne puisse par conséquent pas bénéficier de ce régime de protection. Le franchiseur aura donc tout intérêt à vérifier au préalable que son savoir-faire remplit bien les conditions de l'article L. 151 du Code de commerce. Il devra surtout veiller à rapporter la preuve de l'existence et de la mise en place de mesures de protection raisonnables destinées à conserver le caractère secret de son savoir-faire.

195. La nécessité pour le franchiseur de démontrer l'existence de mesures de protection raisonnables afin de conserver le caractère secret de son savoir-faire. A l'instar du secret des affaires, le législateur ne donne aucune définition ou exemple des mesures raisonnables pourtant mentionnées au 3° de l'article L. 151-1 du Code de commerce. En pratique ces mesures pourront avoir des formes diverses et variées. Le franchiseur devra par exemple protéger l'accès au système informatique sur lequel sont stockés les éléments constitutifs du savoir-faire par l'instauration d'un mot de passe ou d'un

¹³³¹ GARINOT (J-M.) : « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », AJ contrat 2018, p. 412 ; GALLOUX (J-C.) : « L'identification des secrets des affaires », Propr. industr. n°9, sept. 2018, dossier n°8.

¹³³² Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

¹³³³ PIHERY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

badge. Il peut aussi établir une liste limitative de personnes pouvant avoir accès à ce système. Ces personnes pourront être celles qui sont rattachées au département R&D du franchiseur. Le franchiseur devra veiller à ce que ces mesures de protection soient adoptées par l'ensemble des franchisés de son réseau. L'instauration de mesures de protection raisonnables témoigne du souhait du législateur de ne pas faire de la protection du secret des affaires une protection dite présumée. En effet, la loi impose au détenteur légitime du secret et avant la transmission de la moindre information¹³³⁴, la mise en place de toute une série de mesures de protection qui pourront être contractuelles ou d'ordre technique¹³³⁵. Pour reprendre la formule employée par un auteur « *le contrat demeure à la fois un prolongement des dispositions légales et un palliatif, certes modestes, aux imperfections de celles-ci* »¹³³⁶. Le franchiseur est rompu à cet exercice puisque lors de la rédaction du contrat de franchise, il prévoit de nombreuses clauses destinées à protéger son savoir-faire¹³³⁷. Toutefois, certains auteurs s'interrogent sur le point de savoir si le seul fait d'imposer au franchisé des obligations de non-concurrence, de confidentialité ou de non-réaffiliation suffira pour considérer que la condition exigée au 3° de l'article L. 151-1 du Code de commerce sera satisfaite ? L'emploi du pluriel par le législateur concernant la mise en place de mesures de protection raisonnables doit conduire le franchiseur à adopter de nouveaux moyens de protection de son savoir-faire, en plus de ceux présents de manière classique au sein de ses contrats de franchise¹³³⁸. La seule instauration d'un mot de passe pour accéder au système informatique pourra se révéler insuffisant, raison pour laquelle le franchiseur se devra d'adopter toutes les mesures possibles en matière de sécurité afin de rendre l'accès impossible aux éléments constitutifs de son savoir-faire pour les tiers au réseau. En l'absence, d'une part, de précisions par le législateur sur la notion de mesures de protection raisonnables et, d'autre part, de jurisprudence rendue au visa de l'article L.151 du Code de commerce, il est plus que recommandé pour le franchiseur d'adopter le maximum de moyens de protection de son savoir-faire afin que ce dernier soit considéré comme étant un véritable

¹³³⁴ GALLOUX (J.-C.) : « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », RTD. Com. 2018 p. 643.

¹³³⁵ DE ROBERT-HAUTEQUERE (P.) : « Le secret des affaires, créateur de valeur », IP/IT 2018, p. 677 ; GARINOT (J.-M.) : « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », AJ contrat 2018, p. 412 ; GALLOUX (J.-C.) : « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », RTD. Com. 2018 p. 643.

¹³³⁶ GARINOT (J.-M.) : « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », AJ contrat 2018, p. 412.

¹³³⁷ GOUACHE (J.-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Actualité du droit de la franchise 2018 », CCC n°12, déc. 2018, étude 16.

¹³³⁸ PIHÉRY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

secret des affaires. Encore faut-il que le franchiseur démontre qu'il est le détenteur légitime du savoir-faire et donc du secret des affaires.

196. Le franchiseur, détenteur légitime du secret des affaires au sens de l'article L. 151-2 du Code de commerce ? L'article L. 151-2 du Code de commerce pose le principe selon lequel : « *est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite* ». De ce fait, seul le détenteur légitime d'un secret des affaires pourra bénéficier du régime de protection instauré par la loi du 30 juillet 2018. Encore faut-il arriver à déterminer ce que le législateur entend par détenteur légitime du secret des affaires puisqu'il ne précise à aucun moment les critères permettant de l'identifier¹³³⁹. En matière de franchise, il semble évident que le détenteur légitime est représenté en la personne du franchiseur puisqu'il est à l'origine de sa conception. Le franchiseur exerce un contrôle continu sur son savoir-faire puisqu'outre le fait qu'il l'a mis au point, il continue de le faire évoluer tout au long de l'exécution du contrat de franchise afin de maintenir et de préserver son avantage concurrentiel. Toutefois, le manque de précision du législateur sur la notion de détenteur légitime, a conduit certains auteurs à soulever une éventuelle difficulté d'application de la loi en matière de franchise. Ainsi, lorsque le franchiseur est une personne juridique différente de celle qui exploite l'unité pilote ou encore lorsque le franchiseur appartient à un groupe de sociétés doit-il être considéré comme le détenteur légitime du secret des affaires ?¹³⁴⁰. En pareilles situations, le franchiseur devra, avant toute transmission du savoir-faire, recueillir le consentement du gérant de l'unité pilote à cette transmission. Le détenteur légitime du savoir-faire est donc la personne exploitant l'unité pilote et non le franchiseur. Ce dernier devra alors justifier de l'existence d'un accord relatif à la transmission et à l'exploitation du savoir-faire avec le gérant de l'unité pilote¹³⁴¹. Certains auteurs apportent des précisions en affirmant qu'il faut différencier deux situations : « *si la société exploitant l'unité pilote préexiste à la société franchiseur (ce qui arrive assez souvent dans les faits), c'est la société unité pilote qui crée le savoir-faire secret et qui en est le détenteur légitime au moins au départ. Ensuite, elle le transfère à la société franchiseur qui est créée et acquiert ainsi le*

¹³³⁹ GALLOUX (J.-C.) : « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », RTD. Com. 2018 p. 643.

¹³⁴⁰ PIHERY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

¹³⁴¹ PIHERY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

*contrôle du savoir-faire secret. La société franchiseur devient le détenteur légitime. Si la société franchiseur est créée en premier, et confie à une société pilote qu'elle crée l'expérimentation de son savoir-faire, le franchiseur semble être alors le détenteur légitime du secret dès l'origine »*¹³⁴². Le franchiseur devra donc veiller, avant d'engager une action de démontrer, d'une part, qu'il est bien le détenteur légitime du savoir-faire et donc du secret des affaires, et d'autre part, que l'atteinte est bien illicite et réprimée par la loi du 30 juillet 2018.

197. De la nécessité pour le franchiseur de prouver une atteinte illicite à son savoir-faire pour bénéficier de la protection au titre du secret des affaires. L'un des objectifs principaux du législateur à travers cette loi est de sanctionner l'obtention, l'utilisation et la divulgation de manière illicite d'un secret des affaires. *A contrario*, la loi ne vise pas à réprimer un individu qui aurait obtenu de manière licite les informations constitutives d'un tel secret¹³⁴³. Ainsi, l'article L. 151-3 du Code de commerce précise que « *constituent des modes d'obtention licite d'un secret des affaires : 1° Une découverte ou une création indépendante ; 2° L'observation, l'étude, le démontage ou le teste d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtenir l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret* ». Le législateur précise aux articles L. 151-4¹³⁴⁴, L. 151-5¹³⁴⁵

¹³⁴² GOUACHE (J.-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Actualité du droit de la franchise 2018 », CCC n°12, déc. 2018, étude 16 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Un franchiseur a-t-il intérêt à se fonder sur la loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires ? », RDC 2019, n°115u6, p.73.

¹³⁴³ TREPPOZ (E.) : « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », RTD Eur. 2017, p. 868.

¹³⁴⁴ Art. L151-4 du C.com : « *L'obtention d'un secret d'affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte : 1° D'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; 2° De tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ».

¹³⁴⁵ Art. L151-5 du C.com : « *L'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation. La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa du présent article* ».

et L. 151-6¹³⁴⁶ du Code de commerce les cas dans lesquels il y a obtention, utilisation ou divulgation illicites d'un secret des affaires. Quelques auteurs considèrent qu'il existe un risque pour que ces dispositions soient interprétées par les juridictions du fond de manière assez large ce qui pourrait être préjudiciable pour le franchiseur. Pour ces auteurs, les éléments constitutifs du savoir-faire du franchiseur qui sont accessibles et/ou visibles par le public (présentation des points de vente et techniques de vente) risqueraient d'être dépourvus de protection. Toutefois, l'article L. 151-3 du Code de commerce précise bien que l'obtention licite d'un secret des affaires ne concerne que les seuls produits ou objets mis à la disposition du public. Les techniques commerciales, l'organisation et l'aménagement des points de vente ne peuvent en aucune façon être assimilés à des produits ou à des objets mis à la disposition du public sauf à dénaturer le sens des articles L. 151-3 et suivants du Code de commerce¹³⁴⁷. Lorsque le franchiseur sera en mesure de démontrer à la fois que son savoir-faire constitue un secret des affaires et qu'il en est le détenteur légitime, ce dernier pourra alors recourir aux différentes actions prévues par la loi du 30 juillet 2018 afin de prévenir et de faire cesser les atteintes illicites à son savoir-faire.

Paragraphe III : Des actions en prévention et en cessation d'une atteinte licite au secret des affaires pouvant être utilisées par le franchiseur

198. De la diversité des mesures destinées à prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires. Le franchiseur en sa qualité de détenteur légitime d'un savoir-faire constitutif d'un secret des affaires peut dorénavant recourir aux articles L. 151 et suivants du Code de commerce pour faire cesser toute atteinte illicite à son savoir-faire. Ainsi, l'article L. 152-3 dudit code prévoit que le détenteur légitime pourra intenter une action en justice afin qu'une juridiction prescrive, y compris sous astreinte, des mesures destinées à empêcher ou à faire cesser toute atteinte illicite au secret des affaires. Pourra

¹³⁴⁶ Art. L151-6 du C.com : « L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5 ».

¹³⁴⁷ GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Actualité du droit de la franchise 2018 », CCC n°12, déc. 2018, étude 16 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Un franchiseur a-t-il intérêt à se fonder sur la loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires ? », RDC 2019, n°115u6, p.73.

donc être prononcée à l'encontre de l'auteur de l'atteinte une interdiction de réaliser ou de poursuivre des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires. L'interdiction pourra aussi porter sur les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou l'importation, l'exportation ou le stockage de tels produits à ces fins. Il pourra aussi être ordonné la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériel, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ou, selon le cas, ordonner leur remise totale ou partielle au demandeur. La juridiction pourra également ordonner que les produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, modifiés afin de supprimer l'atteinte au secret des affaires, détruits ou, selon le cas, confisqués au profit de la partie lésée. Lorsque la juridiction décidera de limiter la durée de ces mesures, la durée fixée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que l'auteur de l'atteinte au secret des affaires aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret des affaires. Toutefois, le législateur a prévu la possibilité pour la juridiction qui a prononcé ces différentes interdictions et mesures d'y mettre un terme si l'auteur de l'atteinte démontre que les informations, objets du litige, ne peuvent plus être qualifiées de secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 pour des raisons qui ne dépendent pas, directement ou indirectement, de lui. L'auteur de l'atteinte pourra aussi demander à verser une indemnité à la victime en lieu et place des mesures énoncées ci-dessus. L'article L. 152-5 prévoit qu'une telle demande sera recevable lorsque l'auteur de l'atteinte réunira l'ensemble des conditions suivantes, à savoir : « 1° *Au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ; 2° L'exécution des mesures mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3 causerait à cet auteur un dommage disproportionné ; 3° Le versement d'une indemnité à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant. Lorsque le versement de cette indemnité est ordonné en lieu et place des mesures prévues aux 1° et 2° du I du même article L. 152-3, cette indemnité ne peut être fixée à une somme supérieure au montant des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret des affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret des affaires aurait pu être interdite ». Il faut*

cependant préciser que les différentes interdictions qui sont prononcées à l'encontre de l'auteur de l'atteinte, ne font pas obstacle à ce qu'une juridiction alloue au franchiseur des dommages et intérêts afin de réparer son préjudice. Le législateur a aussi prévu aux articles L. 153-1¹³⁴⁸ et L. 153-2¹³⁴⁹ du Code de commerce toute une série de mesures destinées à protéger le secret des affaires devant les juridictions civiles et commerciales pour prévenir qu'au cours de cette procédure le savoir-faire perde son caractère secret¹³⁵⁰. Antérieurement à la promulgation de la loi du 30 juillet 2018 la jurisprudence considérait que le secret des affaires ne pouvait faire obstacle au prononcé d'une mesure d'instruction *in futurum*¹³⁵¹. Même si la Cour de cassation semble avoir fait évoluer quelque peu sa jurisprudence¹³⁵², la protection dorénavant prévue aux articles L. 153-1 et L. 153-2 peut constituer un obstacle au prononcé de telles mesures ou en réduire leur étendue¹³⁵³. Le franchiseur pourrait ainsi utiliser ces nouvelles dispositions pour que son manuel opératoire, qui contient une

¹³⁴⁸ Art. L153-1 du C.com : « Lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense : 1° Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ; 2° Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ; 3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ; 4° Adapter la motivation de sa décision et les modalités de publicité de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires ».

¹³⁴⁹ Art. L153-2 du C.com : « Toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient. Dans le cas d'une personne morale, l'obligation prévue au premier alinéa du présent article s'applique à ses représentants légaux ou statutaires et aux personnes qui la représentent devant la juridiction. Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure. Les personnes habilitées à assister ou représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci, sauf dans le cas prévu au 1° de l'article L. 153-1. L'obligation de confidentialité perdue à l'issue de la procédure. Toutefois, elle prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles ».

¹³⁵⁰ DUMAS (R.) : « Transparence du patrimoine et protection du secret des affaires », RLDA févr. 2012, p. 84 ; BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJCA 2015, p. 346.

¹³⁵¹ Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n°15-20.495, D. 2016, p. 2289 ; PIHERY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

¹³⁵² Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n°15-27.845 ; KEBIR (M.) : « Mesure d'instruction *in futurum* et secret d'affaires : contrôle de proportionnalité », Dalloz actualité 7 juill. 2017.

¹³⁵³ DHENNE (M.) : « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », D. 2018, p. 1817.

description détaillée de son savoir-faire, ne soit communiqué qu'au seul magistrat ou encore que l'audience se tienne à huis clos¹³⁵⁴. Le franchiseur devra veiller à exercer une action aux vises des articles L. 151-1 et suivants du Code de commerce dans un délai de cinq ans à compter des faits à l'origine de l'atteinte au secret des affaires, ce qui permettra d'engager la responsabilité civile de l'auteur de ladite atteinte. Mais le principal intérêt de ces nouvelles dispositions pour le franchiseur réside dans une meilleure indemnisation de son préjudice subi.

Paragraphe IV : De l'intérêt pour le franchiseur de recourir aux dispositions relatives à protection du secret des affaires

199. Vers une meilleure indemnisation du préjudice subi par le franchiseur ?

Si la loi du 30 juillet 2018 contient de nombreuses innovations qui permettront à l'avenir de protéger de manière accrue le secret des affaires, elle innove aussi en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice subi par le détenteur légitime du secret. Le principal intérêt pour le franchiseur de fonder une action au visa de ces nouvelles dispositions réside dans une meilleure réparation de son préjudice que par rapport aux actions fondées sur les articles 1240 et suivants du Code civil. En effet, le législateur prévoit que l'indemnisation qui sera versée au détenteur légitime du secret sera fixée en prenant en compte un certain nombre d'éléments, dont les bénéfiques qui ont été réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires. L'article L. 152-6 du Code de commerce indique que pour déterminer les dommages et intérêts qui sont dus en réparation du préjudice subi le juge devra prendre en considération et de manière distincte : « 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ; 2° Le préjudice moral causé à la partie lésée ; 3° Les bénéfiques réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte. La juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient compte des droits qui auraient

¹³⁵⁴ PIHERY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ». Il convient de remarquer que la rédaction de cet article n'est pas novatrice puisqu'elle reprend, à une exception près, les dispositions contenues au sein de l'article L. 331-3-1 du Code de la propriété intellectuelle¹³⁵⁵. En effet, la seule différence se situe dans la prise en compte, lors de l'évaluation du préjudice, de la perte de chance de la victime de l'atteinte. Au niveau de la réparation, le législateur considère la violation du secret des affaires comme un acte de contrefaçon. Cet article consacre, d'une certaine manière, la théorie de la faute dite lucrative puisque le juge devra lors d'évaluation du préjudice du franchiseur prendre en compte : les conséquences économiques dites négatives de la violation du secret, le préjudice moral causé, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte ainsi que l'ensemble des économies qu'il aura réalisées. Le régime d'indemnisation prévu à l'article L. 152-6 constitue ainsi une exception au principe de la réparation intégrale du préjudice¹³⁵⁶. En effet, avant l'adoption de ce nouveau régime de protection, la jurisprudence considérait que le préjudice de la victime n'était constitué que par une baisse d'activité, un préjudice moral, une perte de chance ou encore, et depuis peu, à l'économie réalisée par le parasite¹³⁵⁷. En ayant recours aux dispositions relatives à la protection du secret des affaires, le préjudice du franchiseur sera mieux indemnisé que s'il avait intenté une action en concurrence déloyale ou parasitaire à l'encontre de l'auteur de l'atteinte. D'ailleurs et comme le fait remarquer un auteur, le législateur n'a pas prévu expressément d'interdiction au franchiseur de cumuler les dispositions de ces textes avec ceux de la concurrence déloyale¹³⁵⁸. Encore faut-il que le franchiseur arrive à démontrer que son savoir-faire

¹³⁵⁵ Art. L331-1-3 du C.pro.p : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommage et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.

¹³⁵⁶ RODA (J.-C.) : « Secret des affaires : et si l'ont avait manqué l'essentiel ? », D. 2018, p. 1318.

¹³⁵⁷ Cass. Com. 12 févr. 2020, n°17-31-614.

¹³⁵⁸ BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Un franchiseur a-t-il intérêt à se fonder sur la loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires ? », RDC 2019, n°115u6, p. 73

constitue bien un secret des affaires et qu'il en est le détenteur légitime. A défaut, son action serait irrecevable et il pourrait se voir condamner pour procédure dilatoire ou abusive¹³⁵⁹.

¹³⁵⁹ PIHERY (R.) : « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.

CONCLUSION CHAPITRE 1

Si le contrat de franchise constitue un outil privilégié pour le franchiseur afin de protéger son savoir-faire, il se doit d'invoquer d'autres moyens de droit chaque fois qu'un tiers au réseau portera atteinte à son savoir-faire.

Pour ce faire, le franchiseur se tournera vers la théorie générale de l'action en concurrence déloyale. Si cette action ne possède aucun texte qui lui est spécifique, et dans l'attente de l'adoption d'un éventuel Code européen du droit des affaires, elle permet au franchiseur de sanctionner les atteintes à son savoir-faire résultant de comportements contraires à la pratique et à la morale des affaires. Illustration de la responsabilité civile dite subjective, l'action en concurrence déloyale ne pourra aboutir que si le franchiseur est en mesure de rapporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre cette faute et son préjudice.

Pour la jurisprudence ainsi que pour la doctrine, est constitutif d'une faute engageant la responsabilité civile de son auteur, le fait pour un tiers, de se livrer à des actes de confusions, de désorganisation ou encore de parasitisme économique à l'encontre du franchiseur dans le seul but de pouvoir accéder frauduleusement aux éléments constitutifs de son savoir-faire. Lorsqu'il sera victime de tels actes, le préjudice du franchiseur se traduira par une perte de la valeur marchande de son savoir-faire et, par voie de conséquence, de l'avantage concurrentiel qu'il est censé procurer et garantir à ses franchisés. Quant au lien de causalité existant entre les actes déloyaux et le préjudice subi, la jurisprudence est venue consacrer l'existence d'une présomption de préjudice en matière d'action en concurrence déloyale.

Depuis 2018, une nouvelle action peut être utilisée par le franchiseur afin de sanctionner les atteintes à son savoir-faire sur le fondement de la violation du secret des affaires. Pour qu'une information soit qualifiée comme telle il est impératif qu'elle satisfasse à trois conditions cumulatives. Elle doit être secrète, jouir d'une valeur commerciale et avoir fait l'objet de mesures de protections raisonnables par son détenteur. Au regard de ses trois conditions

cumulatives le savoir-faire est une forme d'expression du secret des affaires. L'intérêt pour le franchiseur de recourir au secret des affaires est double. Tout d'abord, le législateur offre au détenteur légitime du secret des affaires diverses mesures permettant de faire cesser l'atteinte à son savoir-faire. Il peut s'agir d'une condamnation sous astreinte à cesser l'atteinte ou encore, obtenir le prononcé d'une interdiction de commercialisation des produits résultant de l'atteinte au secret des affaires. Ensuite, une action basée sur la violation du secret des affaires permettra au franchiseur d'obtenir une meilleure indemnisation de son préjudice que sur le terrain de l'action en concurrence déloyale. En effet, seront pris en compte dans l'indemnisation de son préjudice outre la perte de son chiffre d'affaire et la dépréciation du savoir-faire, les économies et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte.

Le franchiseur pourra, dans des situations bien précises et limitées, invoquer des dispositions répressives pour obtenir la condamnation de l'auteur de l'atteinte à son savoir-faire.

Chapitre 2 : Les mécanismes de droit pénal permettant au franchiseur de faire sanctionner une atteinte à son savoir-faire

200. Le recours restreint du franchiseur aux dispositions pénales. A titre liminaire, il convient de préciser que les situations dans lesquelles le franchiseur aura recours à la loi pénale pour faire sanctionner une atteinte à son savoir-faire sont rares, pour ne pas dire exceptionnelles. L'étude de la jurisprudence permet de constater que les franchiseurs privilégient les actions civiles fondées sur les responsabilités contractuelle et délictuelle pour obtenir d'une part, la cessation d'une atteinte à leurs savoir-faire, et d'autre part, l'indemnisation de leurs préjudices¹³⁶⁰. Mais le franchiseur peut user de l'action pénale contre l'auteur de l'atteinte comme un moyen de dissuasion à l'égard des personnes qui auraient pour projet de détourner son savoir-faire¹³⁶¹. Quoiqu'il en soit, la voie de l'action pénale est, s'agissant de l'utilisation ou de la divulgation d'un savoir-faire sans autorisation, étroite. En effet, le code pénal ne comprend aucune disposition spécifique sanctionnant cette utilisation (**Section I**). Le franchiseur n'aura donc pas d'autre choix que de se tourner vers des infractions classiques s'il veut obtenir la condamnation pénale de l'auteur de l'atteinte (**Section II**).

Section I : L'absence de disposition pénale protégeant spécifiquement le savoir-faire du franchiseur

201. Plan. La définition du savoir-faire, laisserait à penser que le franchiseur puisse invoquer le délit de violation du secret de fabrication pour obtenir la condamnation de la personne responsable d'une divulgation à des tiers des éléments constitutifs de son savoir-faire. En effet, ce délit est destiné à protéger le titulaire de connaissances techniques contre l'espionnage industriel dont il serait victime¹³⁶² (**Paragraphe I**). Cependant, si ce délit est

¹³⁶⁰ V. *supra* n°174 et s.

¹³⁶¹ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°11

¹³⁶² SCHMIDT SZALEWSKI (J.) : « Divulgation de secret de fabrication et vol », Propr. industr. n°2, févr. 2003, comm. 15 ; LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Précisions utiles sur le délit de violation du secret de fabrication », LPA, n°239, p. 13, 29/11/2012.

visé dans le code de la propriété intellectuelle et dans le code du travail¹³⁶³, la jurisprudence refuse d'étendre son champ d'application aux savoir-faire commerciaux et donc au savoir-faire du franchiseur (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le délit de violation du secret de fabrique

202. Plan. Dans l'optique de pouvoir condamner pénalement les ouvriers qui transmettaient à des tiers les secrets de la fabrique dont ils étaient salariés, le législateur a instauré, dans le code pénal de 1810, le délit de violation du secret de fabrique¹³⁶⁴. Las, malgré son ancienneté, la notion de secret de fabrique ne fait l'objet d'aucune définition de la part du législateur (**A**). Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine, que ce délit est constitué lorsque la victime est en mesure de rapporter la preuve que son secret de fabrique a été communiqué par l'un de ses salariés à un tiers (**B**) de manière intentionnelle (**C**)

A. Tentative de définition du secret de fabrique

203. L'absence de définition légale du secret de fabrique. A l'origine contenues au sein du Code pénal, les dispositions venant réprimer le délit de divulgation du secret de fabrique sont aujourd'hui présentes dans les codes du travail et de la propriété intellectuelle. Ainsi, l'article L. 621-1 de ce dernier affirme que « *les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit : « article 1227-1 – le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30.000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de 5 ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal* ». En raison de l'absence de définition légale du secret de fabrication¹³⁶⁵, les définitions doctrinales et jurisprudentielles se sont multipliées. Pour le Professeur Emile GARCON, le secret de fabrique est « *un procédé*

¹³⁶³ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « La protection des informations privilégiés et du savoir-faire », *D.* 1997, p. 207.

¹³⁶⁴ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », *JCl. Brevets*, Fasc. 4200, n°12

¹³⁶⁵ SCHMIDT SZALEWSKI (J.) : « Divulgation de secret de fabrique et vol », *Propr. industr.* n°2, févr. 2003, comm. 15.

industriel brevetable ou non, qui n'est connu que d'un ou de fort peu d'industriels ». Il précise en outre que « *le secret de fabrique comprend ce qui ressort de l'ingéniosité créatrice dans l'industrie, que la découverte soit brevetable ou non du moment qu'elle a un caractère secret* »¹³⁶⁶. Le doyen ROUBIER, quant à lui, définissait le secret de fabrique comme « *tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial, et qui, mis en usage dans une industrie, est tenu caché aux concurrents* »¹³⁶⁷. Enfin, pour la jurisprudence et notamment la Cour de cassation, constituent des secrets de fabrique « *des procédés de fabrication d'une certaine originalité, bien que d'une hauteur inventive modeste, qui offrent un intérêt pratique et commercial pour celui qui les met en œuvre, en ce qu'ils permettent une amélioration de la production et une diminution du prix de revient* »¹³⁶⁸. Pour résumer, le secret de fabrique regroupe un ensemble de procédés de fabrication conçus par un industriel et inconnus de ses concurrents¹³⁶⁹, qui présentent une certaine originalité et dont la finalité même est d'offrir un intérêt pratique et commercial pour le destinataire en lui permettant d'améliorer sa production tout en diminuant ses coûts¹³⁷⁰. Le savoir-faire du franchiseur semble donc, à première vue, pouvoir s'apparenter à un secret de fabrique puisque sa transmission doit permettre au franchisé d'avoir accès à des techniques et des informations lui procurant un avantage concurrentiel, avantage qui lui permettra de réitérer une réussite commerciale. Toutefois, pour qu'un procédé puisse être qualifié de secret de fabrique, il est nécessaire, non seulement qu'il soit secret et original, mais qu'il soit aussi de nature industrielle¹³⁷¹.

204. Du caractère secret du procédé. La première condition que doit revêtir un procédé afin de pouvoir être considéré comme étant un secret de fabrique est avant tout d'être secret¹³⁷². Cependant, et à l'instar du savoir-faire du franchiseur, la notion de secret ne fait pas l'objet d'une appréciation stricte en jurisprudence. Ainsi, la seule transmission d'un procédé dans le cadre d'un contrat de cession qui comporte à la charge du cessionnaire

¹³⁶⁶ GARCON (E.), Code pénal annoté, article 418, § 2 : S. 1959, M. Rousselet, J.Patin et M. Ancel.

¹³⁶⁷ CHAVANNE (A.) et BURST (J.J) : « *Droit de la propriété industrielle* », 4^{ème} éd., Dalloz, n°639 ; ROUBIER « *Droit de la propriété industrielle* », T. 2 : Sirey, 1952, p. 368.

¹³⁶⁸ Crim. 12 juin 1974, ann. propr. ind. 1971. 97 ; PIBD 1974, III, p. 399.

¹³⁶⁹ Crim. 30 décembre 1931, Gaz. Pal. 1932. 1. 333.

¹³⁷⁰ Crim. 20 juin 1973, Ann. propr. ind. 1974. 85.

¹³⁷¹ LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « *Le délit de violation du secret de fabrique* », AJ pénal 2011, p. 459.

¹³⁷² SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « *La révélation d'un secret industriel peut être un délit pénal* », Propr. industr. n°2, fév. 2007, comm. 15.

une obligation de non-divulgateion, ne fait pas perdre au procédé son caractère secret¹³⁷³. A *contrario*, un procédé ne pourra être considéré comme un secret de fabrique s'il est connu des professionnels du secteur ou s'il est facilement accessible par des tiers, ou s'il fait partie intégrante du domaine public. L'appréciation du caractère secret du procédé relève des pouvoirs souverains des juges du fond qui recherchent l'existence d'une « *formule secrète* »¹³⁷⁴ au sein du procédé, ainsi que la difficulté de son accessibilité par les tiers. Dans un arrêt de principe en date du 15 avril 1982, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé qu'un secret de fabrique est « *tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique et commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché par lui à ses concurrents qui, avant la communication qui leur a été faite, ne le connaissaient pas. En effet (...) ce procédé (fabrication de l'oxychlorure de cuivre) était parfaitement connu puisqu'il a été largement divulgué dans diverses brochures ou publications spécialisées, de telle sorte qu'il était tombé dans le domaine public et qu'il ne pouvait donc donner lieu à la détention d'un secret de fabrique susceptible d'appropriation frauduleuse par un concurrent* »¹³⁷⁵. Pour reprendre la formulation employée par la Cour d'appel de Bordeaux, le délit de divulgation du secret de fabrique ne pourra être retenu lorsque « *les procédés de fabrication industriels des produits en cause n'ont pas d'originalité spécifique et qu'aucune formule secrète ne rentre dans leur élaboration* »¹³⁷⁶. Si le secret entourant le procédé n'a pas à être absolu, encore faut-il que le procédé soit original ou innovant afin de lui conférer une valeur marchande¹³⁷⁷.

205. Du caractère innovant ou original du procédé. L'une des autres conditions indispensables afin qu'un procédé puisse être considéré comme étant un véritable secret de fabrique, consiste, pour son détenteur, à démontrer son caractère original ou innovant¹³⁷⁸. En d'autres termes, le procédé se doit d'apporter une innovation ou une amélioration procurant à son détenteur légitime, un intérêt pratique et une valeur marchande certaine¹³⁷⁹.

¹³⁷³ CAPRIOLI (E.) : « Responsabilité contractuelle retenue à l'encontre d'un ancien salarié pour la violation d'une clause de confidentialité », CCE n°5, mai 2011, comm. 48.

¹³⁷⁴ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserveion du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°14

¹³⁷⁵ Crim. 15 avr. 1982: *PIBD 1982, III, p. 207*.

¹³⁷⁶ CA. Bordeaux, 15 nov. 1989, JurisData n°1989-050951.

¹³⁷⁷ BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJ Contrat 2015, p. 346.

¹³⁷⁸ Crim. 19 sept. 2006, RTD com. 2007. 529, obs. J-C. Galloux ; CAPDEVILLE (J.) : « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ pénal 2011, p. 459.

¹³⁷⁹ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserveion du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°23

Pour la jurisprudence, doit être considéré comme dépourvue de toute originalité, un procédé qui est déjà connu¹³⁸⁰ et utilisé par des industriels du secteur¹³⁸¹. Le secret de fabrique partage là encore un point commun avec le savoir-faire, puisque la transmission par le franchiseur d'un savoir-faire substantiel constitue l'une des conditions de validité du contrat de franchise. Toutefois, le secret de fabrique se distingue sensiblement du savoir-faire du franchiseur dans la mesure où il ne concerne que des procédés industriels. Mais, pour pouvoir invoquer le délit de violation du secret de fabrique, encore faut-il, que le détenteur soit en mesure de rapporter la preuve d'une révélation de son procédé à un tiers.

B. La révélation d'un procédé secret, l'élément matériel du délit de violation du secret de fabrique

206. La divulgation d'un secret de fabrique, un délit ne pouvant être retenu qu'à l'encontre d'un nombre limité d'individus. La seule présence d'un procédé industriel est insuffisante pour que le délit de divulgation du secret de fabrique soit matérialisé. La victime devra démontrer que son procédé a fait l'objet d'une révélation ou d'une tentative de communication à un tiers¹³⁸². Toutefois, le législateur dresse une liste limitative des personnes pouvant être poursuivies sur le fondement du délit de divulgation d'un secret de fabrique. En effet, l'article L. 1227-1 du Code du travail affirme que « *le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30.000 euros* ». Le détenteur d'un secret de fabrique ne pourra donc agir qu'à l'encontre des personnes avec lesquelles il est lié par un contrat de travail, autrement dit ses préposés. Une telle limitation des personnes pouvant être poursuivies du chef de divulgation du secret de fabrique explique la présence de ce délit au sein du code du travail. En l'absence d'un contrat de travail liant le détenteur légitime du procédé et l'auteur de la révélation, ce dernier ne pourra donc être poursuivi pour violation d'un secret de fabrique. Toutefois, le tiers qui aurait fourni une assistance au salarié auteur des révélations, pourra être poursuivi en sa qualité de complice sur le fondement de

¹³⁸⁰ T. Com., Verdun, 17 juin 1959, Ann. propr. ind. 1961, p.30, n°2.

¹³⁸¹ Crim. 21 janv. 2003, n°02-83.469.

¹³⁸² SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « La révélation d'un secret industriel peut être un délit pénal », Propr. industr. n°2, fév. 2007, comm. 15.

l'article 121-7 du Code pénal¹³⁸³. Pour y arriver, la victime devra démontrer que le complice a joué un rôle actif dans la commission de l'infraction en fournissant une assistance au salarié dans ladite commission¹³⁸⁴. Mais, le seul fait pour le tiers de tirer profit de la divulgation du secret sans avoir joué de rôle actif dans la réalisation de l'infraction est insuffisant pour retenir sa complicité. Néanmoins, le tiers pourra être poursuivi pour recel. En effet, la Cour de cassation est venue affirmer que le recel pouvait être retenue dans la mesure où le tiers avait : « *accueilli en connaissance de cause des renseignements frauduleusement communiqués sur un secret de fabrication et les a mis en œuvre* »¹³⁸⁵.

207. La nécessité d'un profit pour le tiers. De surcroît, le détenteur du procédé devra démontrer que la révélation a profité à un tiers. En conséquence, le délit ne sera pas constitué si le salarié utilise le procédé pour son propre compte¹³⁸⁶. Il convient de noter qu'une évolution législative est intervenue avec l'ordonnance du 12 mars 2007¹³⁸⁷, puisque jusqu'à cette dernière, le législateur visait tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé. L'ordonnance a étendu le champ d'application des textes puisqu'elle a supprimé la référence « *ou il est employé* ». Dorénavant, le salarié qui aurait communiqué un procédé de fabrication secret n'appartenant pas à l'entreprise qui l'emploie¹³⁸⁸ peut donc voir sa responsabilité engagée. Il suffit que l'auteur des révélations ait la qualité de salarié au moment, non pas de la révélation, mais de l'accès au secret pour qu'il puisse être condamnée pénalement¹³⁸⁹. Si un individu jouissait de la qualité de salarié au moment de la connaissance du secret de fabrique, le délit pourrait être retenu contre lui en cas de révélations postérieures¹³⁹⁰. Une fois l'élément matériel du délit rapporté, il sera nécessaire de démontrer

¹³⁸³ LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ pénal 2011, p. 459

¹³⁸⁴ Cass. crim., 12 juin 1974, rejet du pourvoi c/ CA Paris, 2 févr. 1973 : PIBD 1974, n° 137, III, p. 399 ; Ann. propr. ind. 1974, p. 97.

¹³⁸⁵ Crim. 7 nov. 1974, Bull. crim. N°323 ; Crim. 19 sept. 2006, Propr. industr. 2007, comm. 15, obs. J. Schmidt-Szalewski.

¹³⁸⁶ CA Versailles, 3 avr. 1997, SA Proteval c/ Cros : Juris-Data n° 1997-041140

¹³⁸⁷ Ord. n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail.

¹³⁸⁸ LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ pénal 2011, p. 459 ; FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°12

¹³⁸⁹ LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Précisions utiles sur le délit de violation du secret de fabrique », LPA, n°239, p. 13, 29/11/2012 ; BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJ contrat 2015, p. 346 ; CA. Paris, 5 juin 2012, n°11/08851.

¹³⁹⁰ LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Précisions utiles sur le délit de violation du secret de fabrique », LPA, n°239, p. 13, 29/11/2012.

l'intention délictueuse de l'auteur de la révélation afin qu'il soit reconnu coupable du chef de violation d'un secret de fabrique.

C. L'élément moral

208. L'intention délictueuse, un des éléments essentiels du délit de violation du secret de fabrique. Outre, d'une part, la présence d'un secret de fabrique et, d'autre part, une divulgation par l'un des salariés à un tiers des éléments constitutifs du secret, le délit de violation du secret de fabrique ne pourra être retenu que si l'intention délictuelle de l'auteur de la divulgation est établie¹³⁹¹. Il est donc indispensable que le salarié ait agit sciemment, qu'il ait enfreint, par exemple, l'ensemble des protocoles de sécurité mis en place au sein de l'entreprise et destinés à préserver le caractère secret du procédé. Ainsi, une divulgation par imprudence ou négligence ne peut suffire à caractériser l'élément intentionnel et donc le délit de divulgation du secret de fabrique.

En définitive, quand bien même l'ensemble des éléments constitutifs du délit de violation d'un secret de fabrique seraient réunis, le cantonnement du secret de fabrique, en jurisprudence, aux seuls secrets de nature industrielle rend illusoire son utilisation en matière de savoir-faire dont la nature est commerciale.

Paragraphe II : Du refus de la jurisprudence d'étendre l'application du délit de violation du secret de fabrique au savoir-faire commercial

209. Une conception désuète de la notion de secret de fabrique retenue par la jurisprudence. Depuis la consécration du délit de violation du secret de fabrique, la jurisprudence a adopté une conception restrictive de la notion de secret de fabrique en la cantonnant aux seuls procédés industriels¹³⁹². Or, une telle conception a pour conséquence d'exclure *de facto* les savoir-faire commerciaux du champ d'application du délit de

¹³⁹¹ Cass. crim., 29 mars 1935 : Gaz. Pal. 1935, 1, p. 928

¹³⁹² JEANDIDIER (W.) : « Infractions économiques – Les infractions en matière de concurrence », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, oct. 2016, n°139 et s ; LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ Pénal 2011, p. 459

divulgarion du secret de fabrique¹³⁹³. Il est vrai, qu'en 1810, date d'introduction de ce délit dans la législation pénale, les savoir-faire commerciaux étaient rares. L'intention du législateur était donc, sans doute, de n'assurer une protection qu'aux secrets industriels. Toutefois, aucune disposition du code du travail et du code de la propriété intellectuelle n'exclut, purement et simplement, les savoir-faire commerciaux du champ d'application du secret de fabrique. Cette exclusion, qui ne repose que sur quelques arrêts rendus par la Cour de cassation depuis 1810¹³⁹⁴, est ainsi largement critiquée en doctrine¹³⁹⁵. En effet, « *les savoir-faire commerciaux ont autant de valeur si ce n'est plus que les savoir-faire techniques et ils ne sont pas aussi simplistes et apparents qu'on voudrait croire* »¹³⁹⁶. La conception du secret de fabrique par la jurisprudence, cantonnée au seul procédé industriel, constitue un important obstacle pour le franchiseur lorsqu'il souhaite invoquer les dispositions de l'article L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle. Une conception moderne de la notion de secret de fabrique, intégrant les savoir-faire commerciaux, devrait pouvoir aujourd'hui s'imposer, compte-tenu des enjeux attachés à ces derniers. Cette extension ne trahirait pas la volonté du législateur, les savoir-faire de nature commerciale s'étant développés après la création du délit de violation d'un secret de fabrique.

210. Vers une conception renouvelée et moderne du secret de fabrique à la suite de la loi relative au secret des affaires ? Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine, que le savoir-faire se distingue du secret de fabrique sur deux points essentiels. Tout d'abord et contrairement au savoir-faire du franchiseur, le secret de fabrique peut être brevetable¹³⁹⁷. Surtout, comme on l'a vu, les secrets de fabrique ne concernent que des procédés industriels de fabrication¹³⁹⁸, alors que le savoir-faire du franchiseur regroupe un ensemble de techniques et d'informations permettant de réitérer et d'amplifier une réussite commerciale.

¹³⁹³ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », *D.* 2012, p. 1415.

¹³⁹⁴ SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) : « La révélation d'un secret industriel peut être un délit pénal », *Propr. Ind.* n°2, févr. 2007, comm. 15.

¹³⁹⁵ LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Précisions utiles sur le délit de violation du secret de fabrique », *LPA*, n°239, p. 13, 29/11/2012.

¹³⁹⁶ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », *JCl. Brevets*, Fasc. 4200, n°7

¹³⁹⁷ GALLOUX (J.-C.) : « L'identification des secrets des affaires », *Propr. industr.* n°9, sept. 2018, doss. 8 ; PFEIFER (M.) : « La protection des secrets techniques », *LPA* 14 nov. 2016, n°119v3, p. 55.

¹³⁹⁸ DANIEL (J.) : « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S*, n°19-20, 12 mai 2015, p. 1165.

La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires¹³⁹⁹, pourrait être l'occasion de faire évoluer la notion de secret de fabrication afin qu'elle intègre les savoir-faire commerciaux. En effet, l'absence de dispositions pénales contenues au sein de cette loi pourrait pousser la jurisprudence à renouveler la conception de secret de fabrication en l'étendant à l'ensemble des savoir-faire, y compris commerciaux¹⁴⁰⁰. Pour ce faire, il suffirait d'abandonner le caractère industriel du secret de fabrication, qu'aucun texte n'exige. Une telle évolution permettrait au franchiseur mais également au franchisé d'obtenir la condamnation pénale de leurs salariés qui viendraient à dévoiler sciemment les éléments constitutifs du savoir-faire à des tiers. Ainsi, le délit de divulgation du secret de fabrication constituerait un complément aux actions civiles intentées par le franchiseur et ses franchisés à l'encontre de leurs salariés fautifs, complément permettant de dissuader ce type de comportement.

Toujours est-il, qu'à l'heure actuelle, le franchiseur ne peut invoquer les dispositions de l'article L. 1227-1 du Code du travail ou encore celles de l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle. Faute de disposition spécifique destinée à assurer une protection pénale directe de son savoir-faire, il est alors contraint de se tourner vers d'autres infractions susceptibles de le protéger de manière indirecte.

Section II : La protection indirecte du savoir-faire sur le plan pénal

211. Plan. Le code pénal ne contient aucun article visant à protéger directement le savoir-faire d'un franchiseur et plus généralement les savoir-faire commerciaux. Toutefois, l'absence de texte spécifique n'empêche pas le franchiseur de pouvoir recourir à des infractions générales pour faire sanctionner pénalement toute atteinte à son savoir-faire. Ainsi le franchiseur pourrait invoquer les infractions de vol (**Paragraphe I**), de corruption (**Paragraphe II**), d'abus de confiance (**Paragraphe III**), d'accès et/ou de maintien dans un système automatisé de traitement des données (**Paragraphe IV**), ou encore de contrefaçon (**Paragraphe V**).

¹³⁹⁹ MARTIN (D.) : « Le secret d'affaires, notion en devenir », LPA, 31 juill. 2015, n°152, p. 4 ; WARUSFEL (B.) : « Brevet et secret des affaires », Propr. industr. n°3, mars 2019, dossier 3.

¹⁴⁰⁰ LASSERRE CAPDEVILLE (J.) : « Le délit de violation du secret de fabrication », AJ pénal 2011, p. 459

Paragraphe I : Le vol

212. La condamnation au délit de vol soumise à la réunion de trois conditions.

Le vol, qui est défini à l'article 311-1 du Code pénal comme étant « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* », est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende. Afin d'être constitué, le vol suppose la réunion cumulative de trois éléments : la soustraction d'une chose¹⁴⁰¹, soustraction qui doit entraîner une dépossession¹⁴⁰², et enfin l'intention du voleur de déposséder le propriétaire légitime de la chose¹⁴⁰³. En l'absence de ces trois éléments, le franchiseur ne pourra pas invoquer valablement les dispositions protectrices des articles 311-1 et suivants du Code pénal.

213. L'infraction de vol retenue pour la soustraction d'une chose immatérielle ? L'application du délit de vol au savoir-faire pose une difficulté liée à la nature même de celui-ci qui est avant tout est une chose immatérielle¹⁴⁰⁴. Or, et selon une jurisprudence constante, le délit de vol ne peut être retenu que pour un bien matériel et non immatériel¹⁴⁰⁵, la Cour de cassation adoptant en effet, à l'exception de décisions isolées, une conception stricte de la notion de soustraction pour ne l'appliquer qu'aux seules choses matérielles¹⁴⁰⁶. Par conséquent, le franchiseur qui se considérait victime d'une dépossession de son savoir-faire par un tiers ne peut agir sur le terrain du vol en raison du caractère immatériel de son savoir-faire.

214. La soustraction frauduleuse du support matériel sur lequel est détaillé le savoir-faire du franchiseur, constitutif d'un vol. Toutefois, le franchiseur pourra invoquer le délit de vol, lorsqu'une personne lui aura soustrait le manuel opératoire sur lequel est formalisé son savoir-faire. Comme l'indique un auteur, les informations et les droits immatériels « *deviennent susceptibles de vol quand ils sont incorporés dans un document ou*

¹⁴⁰¹ DEVEZE (J.) : « Le vol de biens informatiques », JCP E n°20, 15 mai 1986, n°14712.

¹⁴⁰² CIOLINO-BERG (D.) : « Vol d'informations sur internet », CCE n°11, nov. 2003, chron. 23.

¹⁴⁰³ Crim. 19 févr. 1959, D. 1959, p. 311 note Roujou de Boubée ; Crim. 24 oct. 1990, Bull. crim. n°335

¹⁴⁰⁴ CAPRIOLI (E.) : « Condamnation pour maintien dans le STAD et vol de fichiers informatiques », CCE n°9, sept. 2015, comm. 75.

¹⁴⁰⁵ MIHMAN (A.) et LUCAS DE LEYSSAC (M-P.) : « Vol », Rép. pén., n°15 et s.

¹⁴⁰⁶ BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJ Contrat 2015, p. 346.

*un titre car leur support matériel les charge alors de matérialité »*¹⁴⁰⁷. Autrement dit, la formalisation du savoir-faire par le franchiseur au sein du manuel opératoire ou de la bible, permettra au franchiseur d'invoquer le délit de vol lorsque l'atteinte à son savoir-faire s'est matérialisée par la soustraction du support matériel sur lequel est détaillé son savoir-faire. Les dommages et intérêts alloués, sur le fondement de l'action civile, auront alors seulement pour objet de dédommager le franchiseur du préjudice lié aux seules conséquences du vol. Le franchiseur ne peut donc par obtenir la condamnation du voleur au versement d'une somme égale à la valeur marchande de son savoir-faire. C'est donc moins pour les conséquences civiles de la reconnaissance du vol que pour l'aspect dissuasif de la condamnation que le franchiseur tentera de faire reconnaître la matérialité de cette infraction.

En plus du vol, le franchiseur pourra également recourir au délit d'abus de confiance pour sanctionner une atteinte à son savoir-faire¹⁴⁰⁸.

Paragraphe II : Le délit d'abus de confiance

215. De la comptabilité du délit d'abus de confiance avec des choses immatérielles. Le franchiseur pourra recourir au délit d'abus de confiance à l'encontre de ses franchisés et de leurs salariés. L'alinéa 1^{er} de l'article 314-1 du Code pénal définit l'abus de confiance comme étant *« le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé »*. Contrairement au vol, le délit d'abus de confiance peut être invoqué en présence de choses incorporelles puisque le texte fait référence à la notion de bien quelconque¹⁴⁰⁹. C'est d'ailleurs la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a, dans un arrêt de principe en date du 14 novembre 2000, affirmé que *« les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel »*¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ MIHMAN (A.) et LUCAS DE LEYSSAC (M-P.) : « Vol », Rép. pén., n°25.

¹⁴⁰⁸ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réservation du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°66

¹⁴⁰⁹ GARINOT (J-M.) : « La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ? », AJ pénal 2017, p. 378 ; THOMASSIN (N.) : « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », D. 2012, p. 964.

¹⁴¹⁰ Crim. 14 nov. 2000, n°99-84.552, D. 2001, p. 1423 ; DE LAMY (B.) : « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », D. 2005, p. 411.

216. Les éléments constitutifs de l'abus de confiance. Pour être constitué, ce délit suppose que soient démontrés par le franchiseur, d'une part, la remise volontaire d'une chose¹⁴¹¹ et d'autre part, un détournement de cette chose¹⁴¹². La remise devra nécessairement être volontaire et intervenir en vertu d'un titre qui sera la majorité du temps de nature contractuelle¹⁴¹³. En franchise, la transmission du savoir-faire à destination du franchisé n'a pas pour effet de lui conférer des droits privatifs sur le savoir-faire. Il s'agira seulement d'une transmission précaire des éléments constitutifs du savoir-faire, puisqu'à la fin du contrat de franchise il devra cesser d'exploiter le savoir-faire¹⁴¹⁴. L'absence d'une remise volontaire de la chose exclut l'application du délit d'abus de confiance. De plus, la victime devra démontrer que la chose transmise a fait l'objet d'un détournement de la part de son destinataire, c'est-à-dire a fait l'objet d'une utilisation différente à celle prévue voire d'une transmission de la chose à un tiers sans l'accord de son détenteur légitime¹⁴¹⁵. En définitive, le franchiseur pourra recourir au délit d'abus de confiance lorsqu'après avoir transmis son savoir-faire, le franchisé le destine à une toute autre utilisation que celle prévue au contrat, ou encore décide de communiquer les éléments constitutifs à des tiers en leur transmettant le manuel opératoire. En effet, dans le cadre du contrat de franchise, le franchiseur est tenu de transmettre son savoir-faire au franchisé¹⁴¹⁶. Cette transmission se matérialisera notamment par la formation initiale reçue par le franchisé. Il devra même restituer les documents et les éventuelles copies à la fin de la relation contractuelle.

Après le vol du support matériel et l'abus de confiance, c'est l'infraction de corruption que le franchiseur pourra invoquer s'il constate des tentatives d'accès aux éléments constitutifs de son savoir-faire par des tiers au réseau usant de manœuvres corruptrices sur ses franchisés ou leurs salariés.

¹⁴¹¹ LASSERE CAPDEVILLE (J.) : « Responsabilité pénale et civile d'un trader », JCP G n°51, 17 déc.2012, n°1371.

¹⁴¹² GIRAULT (C.) : « Le détournement constitutif de l'abus de confiance », AJ pénal 2004, p. 325.

¹⁴¹³ FOURNIER (S.) : « Abus de confiance », JCl. Pénal des affaires, Fasc n°10, n°13 et s ; VERON (M.) : « Abus de confiance - Origine de la remise : pas que les contrats, pas tous les contrats », Dr. pénal n°12, déc. 2007, comm. 157.

¹⁴¹⁴ CATELAN (N.) : « Abus de confiance, détention précaire et remise en pleine propriété », JCP G, n°29, 16 juill. 2016, p. 854 ; BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJ contrat 2015, p. 346.

¹⁴¹⁵ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°62

¹⁴¹⁶ MALAURIE-VIGNAL (M.) : « Franchise : défaut de transmission du savoir-faire et requalification du contrat », CCC n°1, janv. 2012, comm. 19.

Paragraphe III : La corruption

217. La corruption des membres du réseau du franchiseur constitutive d'une atteinte à son savoir-faire. Le caractère secret du savoir-faire combiné à la réussite du franchiseur et plus généralement de son réseau peuvent susciter de nombreuses convoitises de la part de concurrents ou de personnes désireuses de reproduire le savoir-faire sans pour autant se lancer dans une longue phase d'élaboration et de mise au point d'un savoir-faire concurrent. Dans ce contexte, les tiers au réseau pourraient se rapprocher d'un membre du réseau (franchisé, salariés du franchisé, voire salariés du franchiseur), afin de lui proposer un avantage matériel en contrepartie de la révélation et de la transmission des éléments constitutifs du savoir-faire du franchiseur. Ce dernier pourra alors agir sur le terrain de l'article 435-1 du Code pénal pour obtenir la condamnation pénale du tiers en raison de la corruption d'un membre de son réseau. En effet, l'article 435-1 du code pénal prévoit qu'est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 € le fait, par quiconque « *de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles* ». En d'autres termes la corruption, consiste pour le tiers à faire accepter au membre du réseau le fait d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, et ce, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles¹⁴¹⁷.

218. La distinction entre corruption active et corruption passive. La corruption du membre du réseau pourra être active, c'est-à-dire que le tiers rémunérera le membre du

¹⁴¹⁷ FABRE (R.) et SERSIRON (L.) : « Réserve du savoir-faire », JCl. Brevets, Fasc. 4200, n°45

réseau afin qu'il accomplisse ou non un acte lié à sa fonction, comme le plus souvent de transmettre les éléments constitutifs du savoir-faire en dépit d'une clause de confidentialité. La corruption pourra aussi être passive, c'est-à-dire que l'acte de corruption sera à l'initiative non pas du tiers, mais bien du membre du réseau. Quoiqu'il en soit le corrompu doit percevoir un avantage qui prendra des formes diverses et variées : promesses, dons, primes etc. Le franchiseur pourra alors invoquer le délit de corruption, s'il rapporte, d'une part, la preuve d'un accord passé entre le tiers et le membre du réseau afin de divulguer les éléments constitutifs du savoir-faire, mais aussi d'autre part, l'existence d'un avantage procuré par le corrupteur au corrompu.

Outre les faits de corruption, le franchiseur peut, invoquer l'accès et/ou le maintien dans le système informatique dans lequel est stocké les éléments constitutifs de son savoir-faire.

Paragraphe IV : Le recours par le franchiseur au délit d'accès et de maintien dans un système de traitement automatisé de données.

219. L'accès et/ou le maintien dans le système informatique sur lequel est stocké le savoir-faire du franchiseur, constitutif d'un délit pénal. Il n'est pas rare que le manuel opératoire du franchiseur se présente sous format papier ainsi que sous format électronique et qu'il soit stocké dans le matériel informatique du franchiseur. Afin de faciliter la transmission des évolutions du savoir-faire à l'ensemble des franchisés du réseau, mais également pour les aider dans leur utilisation du savoir-faire, le franchiseur a pu mettre en place des outils informatiques. La matérialisation du savoir-faire sur un support électronique ou encore son stockage au sein d'une base de données expose le franchiseur à un « piratage » de ses données. En effet, un membre du réseau, pourtant non habilité à accéder au système informatique, pourrait décider de consulter son contenu. Par ailleurs, un concurrent pourrait s'introduire et se maintenir dans la base de données afin d'y détourner les informations relatives au savoir-faire. Dans de tels cas, le franchiseur pourra recourir aux dispositions des articles 323-1 à 323-7 du Code pénal. En effet, les deux premiers alinéas de l'article 323-1 du Code pénal prévoient que « *le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est*

puni de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 € d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ». Concrètement, ces dispositions permettront au franchiseur de protéger indirectement son savoir-faire en faisant sanctionner pénalement toute intrusion et/ou tout maintien au sein de son système informatique¹⁴¹⁸. Les hypothèses dans lesquelles le franchiseur pourrait recourir à ces dispositions pénales sont nombreuses. Tout d'abord, l'accès non autorisé au système informatique pourrait provenir de l'intérieur même du réseau. En effet, il pourrait s'agir d'une personne qui, malgré des autorisations d'accès, réaliserait une copie des fichiers ou une transmission, sans pour autant y avoir été autorisée. Il pourrait également s'agir d'une personne qui, bien que n'ayant aucune autorisation pour accéder au système, y accéderait par imprudence et déciderait malgré tout de s'y maintenir volontairement par la suite. L'atteinte pourrait enfin provenir de l'extérieur du réseau et avoir pour origine un concurrent désireux de prendre connaissance des éléments constitutifs de son concept. En résumé, le délit est constitué dès lors qu'une personne non habilitée accède de manière frauduleuse au système et/ou s'y maintient.

220. Les conditions de preuve du délit d'accès et/ou de maintien dans un système automatisé de données. Pour pouvoir valablement recourir à ces dispositions, le franchiseur devra, en premier lieu, être en possession d'un système automatisé de données. A l'instar du secret de fabrique, le législateur ne donne aucune définition ni ne fournit aucune indication de ce qu'il entend par un « système de traitement automatisé de données ». Néanmoins, il peut être défini comme étant « *tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoires, de logiciels, de données, d'organes d'entrées-sorties et de liaisons, qui concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositions déterminés* »¹⁴¹⁹. De plus, le franchiseur devra démontrer qu'il est bien le propriétaire ou le responsable du système informatique attaqué, ce qui peut être problématique lorsqu'il sous-traite le stockage auprès d'un prestataire informatique. Enfin, le franchiseur devra démontrer le caractère intentionnel de l'intrusion et/ou le maintien dans

¹⁴¹⁸ BOUCHE (N.) : « La protection du savoir-faire », AJ contrat 2015, p. 346.

¹⁴¹⁹ DAURY-FAUVEAU (M.) : « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », JCl. Pénal, Fasc. 20, n°7 et s.

son système. Il convient de préciser que les articles 323-1 et suivants du code pénal ne permettent de sanctionner que les seuls faits d'intrusions et/ou de maintien dans le système et non la détention par une personne non habilitée des informations contenues au sein du système. Par conséquent, le préjudice du franchiseur sera matérialisé par le seul accès et/ou le maintien dans son système informatique, mais non par l'utilisation des informations détournées de son système.

Enfin, le franchiseur pourra invoquer une dernière disposition répressive, à savoir le délit de contrefaçon.

Paragraphe V : Le délit de contrefaçon

221. La contrefaçon matérialisée par une atteinte indirecte au savoir-faire du franchiseur. Le savoir-faire ne peut faire l'objet d'une protection directe à travers un brevet d'invention, sous peine de lui faire perdre son caractère secret¹⁴²⁰. Mais le franchiseur peut néanmoins recourir au brevet afin de protéger indirectement son savoir-faire et, notamment, les outils indispensables à son utilisation, ou encore, les produits qui sont le résultat de son exploitation. Or, le franchiseur peut invoquer le délit de contrefaçon si un tiers venait à porter atteinte à ces outils ou ces produits comme le prévoit l'article L. 615-14 du CPI qui sanctionne « *les atteintes portées sciemment aux droits du propriétaire d'un brevet tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6* ». Les articles L. 613-3 et L. 613-4 du Code de la propriété intellectuelle dressent une liste de comportements qui seront considérés comme étant des actes de contrefaçons. En l'absence de consentement donné par le titulaire du brevet sont interdits « *a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, l'importation, l'exportation, le transbordement ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet ; b) l'utilisation d'un procédé du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire français ; c) l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, l'importation, l'exportation, le transbordement ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le*

¹⁴²⁰ V. *supra*, n°155.

procédé objet du brevet ». Est également interdit sans avoir obtenu au préalable le consentement du propriétaire du brevet « *la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire français, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre* ». Toutefois, les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ou encore les actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'invention brevetée ne peuvent être sanctionnés au titre du délit de contrefaçon. La particularité du délit de contrefaçon repose sur le fait que la loi sanctionne toute personne qui a agi sciemment pour contrefaire les inventions brevetées. Par conséquent, une personne ayant utilisé le procédé mis au point par le franchiseur sans lui avoir demandé au préalable son autorisation, ne pourra plaider son ignorance pour être relaxé, puisqu'il est tenu de se renseigner auprès de l'INPI pour savoir si le procédé qu'il compte utiliser, exploiter ou vendre est libre de droit. Cependant, le délit de contrefaçon a un intérêt limité pour le franchiseur puisque son champ d'action est assez restreint. En effet, il ne peut être invoqué par le franchiseur pour faire condamner un individu qui aurait copié ou exploité son savoir-faire sans son consentement. On le sait, l'exigence de confidentialité qui entoure le savoir-faire est incompatible avec le régime de protection du brevet.

CONCLUSION CHAPITRE 2

La protection pénale du savoir-faire du franchiseur est limitée dans la mesure où il ne pourra invoquer la législation pénale que dans des situations assez marginales.

Pour l'heure, le franchiseur ne trouvera, dans le code pénal, aucune disposition venant réprimer de manière spécifique une atteinte à son savoir-faire. Le refus catégorique de la jurisprudence d'assimiler le savoir-faire à un secret de fabrique, empêche pour l'instant le franchiseur d'invoquer le régime protecteur de ce dernier¹⁴²¹. Seule une conception renouvelée de la notion de secret de fabrique qui se traduirait par l'abandon du caractère industriel du procédé secret, permettrait au franchiseur de pouvoir invoquer valablement ce délit. L'absence de dispositions pénales dans la loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires, pourrait être l'occasion pour la jurisprudence de moderniser la notion de secret de fabrique.

En l'absence d'infraction spécifique, le franchiseur est contraint de se tourner vers des incriminations générales qui ne pourront être utilisées que dans des situations particulières. En effet, le franchiseur ne pourra agir sur le terrain du vol que si le support matériel sur lequel sont retranscrits les éléments constitutifs du savoir-faire lui a été dérobé. Il se placera sur le terrain de l'abus de confiance lorsque le franchisé aura détourné le savoir-faire de sa destination d'origine. Quant à la corruption, encore faut-il que soit réunies, d'une part, la présence d'un accord passé entre l'un des membres de son réseau et le corrupteur et, d'autre part, la perception par le corrompu d'un avantage quelconque. En outre, pour ce qui est du délit d'accès et/ou de maintien dans un système de traitement automatisée de données, il impose notamment que soit démontré que le franchiseur est le propriétaire de ce système, ce qui peut s'avérer délicat lorsque ledit système est en réalité la propriété d'un prestataire externe. Enfin, pour ce qui est de la contrefaçon, elle ne pourra être retenue que si le

¹⁴²¹ BERTRAND (A. R.) : « Droit d'auteur – Chapitre 102 – Relations entre le droit d'auteur, les autres droits privatifs et la protection des créations non protégées par un droit privatif », Dalloz Action, 2010, 102.54.

contrevenant a sciemment utilisé le contenu des brevets dont est titulaire le franchiseur, sans avoir obtenu son autorisation au préalable.

En définitive, les actions pénales ne constituent que des mécanismes auxiliaires et limités de protection du savoir-faire du franchiseur, ce qui explique que les actions civiles demeurent prépondérantes en pratique.

CONCLUSION TITRE 2

Si l'arsenal juridique qui est offert au franchiseur pour faire sanctionner une atteinte à son savoir-faire est large, il est néanmoins possible d'affirmer que les règles mentionnées précédemment n'offrent pas toutes le même degré de protection.

Tout d'abord, le franchiseur pourra faire sanctionner un comportement déloyal d'un tiers au réseau en ayant recours à l'action en concurrence déloyale et parasitaire. Cette action, d'origine prétorienne, ayant pour fondement l'article 1240 du Code Civil, permettra d'obtenir la condamnation d'un agent économique ayant adopté des pratiques jugées contraires à la morale et à la pratique des affaires.

Le régime de l'action en concurrence déloyale étant calqué sur celui de la responsabilité délictuelle, le franchiseur devra démontrer l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux. La faute se matérialisera par un comportement contraire à la morale des affaires que sont la confusion, la désorganisation ou le parasitisme économique. Cette faute entraînera pour le franchiseur un préjudice essentiellement financier qui se traduira par une dépréciation de son savoir-faire et une baisse de son chiffre d'affaire. Mais, contrairement à une action en responsabilité délictuelle classique, la jurisprudence a adopté une présomption irréfragable s'agissant du préjudice. Selon cette présomption, dès lors que les juges du fond ont constaté la présence de pratiques déloyales, la victime aura subi *de facto* un préjudice ouvrant droit à réparation.

Lorsque le franchiseur est victime d'actes parasitaires, l'étendue de son préjudice est en réalité plus difficile à déterminer. En effet, si les effets des actes de confusion ou de désorganisation sont facilement identifiables puisqu'ils provoquent des conséquences économiques négatives pour la victime, les effets des actes de parasitismes sont difficiles à quantifier avec les éléments à la disposition de la victime, sauf à ce que cette dernière engage des dépenses importantes et parfois disproportionnées pour y parvenir. Pour y remédier, la Cour de cassation semble admettre depuis peu que, dans ce cas, la réparation du préjudice puisse être déterminée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé le tiers au réseau, au détriment du franchiseur, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes. Ce nouveau mode d'évaluation du préjudice se révèle donc

être profitable pour le franchiseur puisque la somme allouée sera supérieure à la perte qu'il aura réellement enregistrée.

Sur le plan civil, le franchiseur pourra également recourir, depuis 2018, aux nouvelles dispositions contenues dans le Code de commerce en matière de secret d'affaire. Née d'une volonté européenne de protéger plus efficacement ce type de secret, le franchiseur devra démontrer, au préalable, que son savoir-faire remplit les trois conditions cumulatives pour être considéré comme un secret d'affaire au sens de l'article L. 151-1 du Code de commerce. Par ailleurs, la mise en place d'un certain nombre de mesures destinées à préserver le secret entourant son savoir-faire sera une condition du succès de son action en violation d'un secret d'affaire. Le franchiseur obtiendra une meilleure indemnisation de son préjudice que sur le terrain de l'action en concurrence déloyale puisque seront pris en compte, dans la détermination du montant des dommages et intérêts : les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret, le préjudice moral, ainsi que les bénéfices réalisés y compris les économies réalisées par l'usurpateur du secret.

Si l'action en concurrence déloyale et le secret des affaires constituent les dispositions privilégiées par le franchiseur, il peut agir sur d'autres fondements, en invoquant notamment les dispositions issues du droit pénal que sont les délits de vol, de corruption, d'abus de confiance, d'accès et/ou de maintien dans un système automatisé de traitement des données, ou encore de contrefaçon. Mais ces dispositions sont rarement utilisées par le franchiseur puisqu'aucune d'entre elles n'incriminent directement une atteinte au savoir-faire. Quant au délit de violation d'un secret de fabrication la jurisprudence cantonne son application au seul procédé industriel. Le franchiseur voit surtout à travers la condamnation pénale de l'auteur de l'infraction un moyen de dissuasion à l'égard des tiers au réseau qui souhaiterait porter atteinte à son savoir-faire.

CONCLUSION SECONDE PARTIE

La réservation du savoir-faire constitue un enjeu majeur pour le franchiseur puisqu'il s'agit pour lui de préserver la valeur commerciale de son savoir-faire. Pour ce faire, le franchiseur devra recenser l'ensemble des atteintes dont pourrait être victime son savoir-faire afin de pouvoir mettre en place des mécanismes de protections efficaces. En pratique, cette protection interviendra d'une part, en amont de la transmission du savoir-faire et, d'autre part, en aval de sa réception par le franchisé.

Tout d'abord, la protection du savoir-faire pourra être préventive. Il s'agira pour le franchiseur d'adopter un ensemble de mesures destinées à prévenir et à dissuader tout risque d'atteinte à son savoir-faire. Pour y arriver, le franchiseur aura recours au contrat de franchise afin de protéger son concept de ses propres franchisés en y insérant trois types de clauses. Le franchisé sera alors tenu à l'égard de son franchiseur à des obligations de non-concurrence, de non-réaffiliation ainsi que de confidentialité. Mais ces différentes clauses n'ont pas vocation à être cantonnées à la seule période d'exécution du contrat. Elles visent surtout à restreindre la liberté d'entreprendre du franchisé lorsque celui-ci quittera le réseau pour éviter qu'il ne divulgue ou qu'il n'utilise les éléments constitutifs du savoir-faire pour son propre compte ou pour le compte d'un réseau concurrent. Cependant, la liberté rédactionnelle du franchiseur n'est pas sans limite en ce qui concerne l'étendue et la durée de ces différentes clauses. En effet, le franchiseur devra motiver au sein du contrat de franchise l'emploi de ces clauses.

Si le contrat de franchise occupe une place centrale dans le dispositif préventif de protection, son utilité n'en demeure pas moins limitée dans certaines situations. En effet, le franchiseur devra recourir à certaines dispositions issues du droit positif afin de protéger le savoir-faire dans des situations où les effets du contrat seront limités. C'est notamment le cas lors des périodes de négociations, de cessions conventionnelles ou forcées, ou en cas de transmission universelle de patrimoine.

Toujours de manière préventive, le franchiseur pourra protéger mais cette fois ci de façon indirecte, son savoir-faire en ayant recours au droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, le franchiseur ne pourra utiliser ces mécanismes que sont le brevet, le droit des marques ou encore les dessins et modèles pour ne protéger que les outils indispensables à l'exploitation du savoir-faire. L'utilisation de manière directe de ces mécanismes aurait pour effet de faire perdre au savoir-faire son caractère secret.

L'adoption de moyens de protection préventifs et dissuasifs n'a pas pour effet d'éradiquer les menaces susceptibles d'affecter le savoir-faire. En effet, la protection par le contrat de franchise trouve sa limite dans le fait qu'il ne pourra être utilisé pour venir sanctionner un tiers qui porterait atteinte à son savoir-faire. Le franchiseur devra donc agir sur le terrain de la responsabilité civile en ayant recours à l'action en concurrence déloyale et parasitaire.

Par l'intermédiaire de cette action, le franchiseur cherche à sanctionner tous les types de comportement déloyaux de la part d'un tiers. Illustration parfaite d'une action en responsabilité subjective, le franchiseur ne pourra invoquer l'action en concurrence déloyale que s'il rapporte la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. La faute se matérialisera par un comportement contraire à la morale des affaires que sont la confusion, la désorganisation ou encore le parasitisme économique.

Dès lors que le franchiseur rapporte l'existence d'une faute de la part d'un tiers, la jurisprudence admet qu'il découle de manière automatique de cette faute un préjudice.

Toujours en matière civile, le franchiseur pourrait être tenté d'invoquer les nouvelles dispositions relatives à la violation du secret des affaires pour obtenir réparation de son préjudice du fait d'une atteinte à son savoir-faire. Si le franchiseur arrive à démontrer d'une part, que son savoir-faire constitue un secret des affaires, et d'autre part, qu'il a pris toutes les mesures raisonnables afin de protéger son savoir-faire, alors il pourra invoquer ces nouvelles dispositions. L'intérêt d'un tel recours pour le franchiseur réside dans une meilleure indemnisation de son préjudice puisque le juge pourra prendre en compte les bénéfices et les économies réalisées par le tiers fautif.

De manière plus exceptionnelle, les atteintes au savoir-faire du franchiseur peuvent constituer des délits. Le franchiseur devra donc déposer plainte ou se constituer partie civile afin d'obtenir réparation de son préjudice subi du fait d'un vol du manuel opératoire ou de l'introduction et/ou du maintien d'un tiers dans son système informatique afin de dérober les éléments constitutifs du savoir-faire. Mais la protection pénale du savoir-faire souffre d'un inconvénient majeur : le franchiseur ne pourra utiliser les différentes dispositions pénales que pour sanctionner une atteinte indirecte à son savoir-faire puisqu'il n'existe pas pour l'heure de dispositions au sein du Code pénal venant réprimer une atteinte au savoir-faire du franchiseur.

CONCLUSION GENERALE

Depuis son arrivée en France au milieu des années 70, la franchise ne cesse de prendre de l'importance au sein de la famille des contrats de distribution. Elle est devenue aujourd'hui une figure contractuelle majeure qui se distingue parmi les contrats d'affaire par un grand nombre de spécificités au premier rang desquelles figure le savoir-faire, élément cardinal du contrat de franchise. Le savoir-faire constitue un élément indispensable à l'existence et au développement d'un réseau de franchise. Il est aussi un motif d'adhésion du franchisé au contrat en raison de l'avantage concurrentiel que son exploitation est censée lui procurer. En dépit de l'importance du savoir-faire pour le franchiseur et les membres de son réseau, le législateur français a pourtant fait le choix de ne pas le définir.

Une conception classique du savoir-faire a donc vu le jour façonnée par les différents règlements européens, ainsi que par les solutions jurisprudentielles de l'époque. Cette conception repose sur un triptyque de caractéristiques que se doit de satisfaire un ensemble d'informations afin de pouvoir être qualifié de savoir-faire. Ainsi cet ensemble d'informations devra être secret, substantiel et identifié. Le caractère secret des informations renvoie à une double exigence. Tout d'abord, il est primordial que les informations constitutives du savoir-faire ne soient pas connues ou facilement accessibles par un tiers au réseau. Par ailleurs, c'est le caractère secret qui permet de différencier le savoir-faire de notions voisines telles que le tour de main. L'objectif principal de l'exigence de secret qui entoure les éléments constitutifs du savoir-faire est de préserver sa valeur patrimoniale. C'est parce que le savoir-faire est difficile d'accès que les candidats à la franchise sont prêts à s'acquitter d'un droit d'entrée afin de pouvoir prendre connaissance de ses éléments constitutifs. La révélation de ces éléments, en dehors du réseau, aura pour effet de faire perdre au savoir-faire toute sa valeur. A l'instar du caractère secret, le caractère substantiel du savoir-faire nécessite la réunion de deux spécificités. Les informations qui sont transmises par le franchiseur se doivent d'être significatives et utiles pour le franchisé. Les informations seront considérées comme significatives si elles sont, importantes ou essentielles. La simplicité des informations ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance d'un savoir-faire

dès lors qu'aux yeux du franchisé elles apparaissent comme indispensables à l'exercice de son activité. Quant à la notion d'utilité, elle renvoie à l'idée selon laquelle les informations transmises doivent permettre au franchisé d'améliorer sa position concurrentielle sur le marché sur lequel il est implanté. Enfin, le caractère identifié impose que le franchiseur modélise son savoir-faire au sein d'un manuel opératoire ou d'un cahier des charges. Cette modélisation constitue une condition indispensable à la transmission du savoir-faire à destination du franchisé. Elle constitue, par la même occasion, un mode de preuve pour permettre à une juridiction d'apprécier la consistance du savoir-faire lors d'un éventuel litige avec l'un de ses franchisés.

Mais la conception classique du savoir-faire, apparue dès l'avènement de la franchise en Europe et en France, semble ne plus être en adéquation avec la pratique contemporaine de la franchise, ni refléter l'état actuel de la jurisprudence. Dans ce contexte, une conception moderne du savoir-faire peut être proposée qui ne viendrait pas démanteler le triptyque de la conception classique mais, au contraire, le compléter par l'ajout de trois autres caractères.

D'abord, le savoir-faire se doit d'être éprouvé c'est-à-dire d'avoir fait l'objet d'une expérimentation par le franchiseur en amont de sa transmission au franchisé. L'expérimentation du savoir-faire constitue ni plus ni moins qu'un prélude indispensable à sa transmission. Pour ce faire, le franchiseur pourra mettre place au sein de son réseau une unité pilote, qui lui permettra de tester son savoir-faire et d'accueillir les franchisés venant de rejoindre le réseau afin de les former à la maîtrise du savoir-faire.

Outre le fait d'être éprouvé, le savoir-faire se doit d'être évolutif. Il est impératif que le franchiseur prenne en compte les retours formulés par ses franchisés concernant les mutations qui affectent leurs marchés respectifs afin qu'il puisse apporter les solutions qui s'imposent. Tout comme pour le caractère secret, il s'agit, à travers les évolutions apportées de garantir la pérennité du savoir-faire, tout en maintenant son attractivité aux yeux des candidats à la franchise. Cependant, le franchiseur ne doit pas apporter des modifications trop importantes qui auraient pour effet de dénaturer le savoir-faire d'origine, sous peine de voir le franchisé remettre en cause le contrat.

Enfin, le troisième caractère est celui de la rentabilité du savoir-faire. En effet, l'exploitation du savoir-faire doit permettre au franchisé d'exercer une activité économiquement viable. Afin d'emporter le consentement de son franchisé le franchiseur devra rapporter la preuve de la rentabilité de son savoir-faire et de son concept. Il pourrait, lors de la phase des négociations, être tenté de fournir à son franchisé des comptes d'exploitation prévisionnels, qui permettront au franchisé d'apprécier la rentabilité de l'exploitation du savoir-faire au sein de son futur établissement. Le franchiseur devra alors veiller à transmettre des comptes prévisionnels les plus sincères possibles sous peine de voir le franchisé solliciter la nullité du contrat en cas d'écart entre les chiffres communiqués et ceux réalisés. En effet, si la rentabilité est une composante du savoir-faire, elle constitue par la même occasion une qualité essentielle du contrat de franchise. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet une exception au principe de l'indifférence de l'erreur sur la rentabilité économique en matière de franchise, dans la mesure où elle considère que la rentabilité relève de la substance même du contrat de franchise.

En définitive, il résulte de la conception moderne que le savoir-faire peut être défini comme étant un ensemble de connaissances résultant de l'expérience et de la réussite commerciale du franchiseur, ensemble qui doit, à la fois, être secret, identifié, substantiel, évolutif et rentable.

Les obligations de transmission et d'exploitation du savoir-faire sont au cœur même du contrat de franchise. Pour le franchisé, l'émission du savoir-faire est indispensable à sa réussite commerciale, car elle lui permettra d'avoir accès à l'ensemble des éléments constitutifs du savoir-faire. En pratique, la transmission du savoir-faire interviendra lors d'une session de formation initiale dispensée par le franchiseur au sein de son unité pilote ou dans un autre établissement du réseau. Le contrat de franchise joue un rôle primordial dans la transmission du savoir-faire, puisqu'il organisera les modalités de cette transmission. Le franchiseur devra donc faire preuve de minutie lors de la rédaction de la clause relative à la transmission, en détaillant par exemple le programme de formation ou encore sa durée. Le franchiseur sera tenu à une obligation de résultat, quant à la transmission des éléments constitutifs de son savoir-faire, à défaut le franchisé pourra obtenir la nullité du contrat de franchise. Afin d'éviter qu'un franchisé quitte la formation initiale en n'ayant pas assimilé

toutes les règles relatives à l'utilisation du savoir-faire, le franchiseur pourra prévoir de soumettre le franchisé à un examen final. Cet examen aura pour but de sanctionner les connaissances ainsi que la maîtrise du savoir-faire par le franchisé à l'issue de la formation initiale. En cas d'échec, le contrat de franchise devra prévoir si le franchisé devra effectuer une nouvelle session de formation ainsi qu'un nouveau test, ou, au contraire, si cet échec constitue une faute grave entraînant la nullité du contrat de franchise. Outre le fait que la transmission du savoir-faire est une obligation de résultat, elle est également une obligation à exécution successive. En effet, à travers la formation continue, le franchiseur devra transmettre à ses franchisés les évolutions qu'il aura apportées au savoir-faire ainsi qu'à son concept. Mais, l'obligation de transmission se distingue de l'obligation d'assistance que le franchiseur doit apporter à son franchisé. En tant qu'accompagnateur du succès du franchisé, le franchiseur doit l'aider à surmonter les difficultés qu'il rencontrera lors de la réitération du savoir-faire en lui apportant une assistance technique ou commerciale. L'obligation d'assistance n'est que le prolongement de l'obligation de transmission. Cependant, la transmission du savoir-faire ne saurait faire naître du côté du franchiseur une obligation de garantir la réussite commerciale de son franchisé. Si la rentabilité relève de la substance même du contrat de franchise, ce sont les qualités intrinsèques du franchisé qui lui permettront de maîtriser le savoir-faire et d'atteindre le succès tant espéré. Il doit donc s'investir de manière personnelle dans l'exploitation du savoir-faire au sein de son propre établissement. Le manquement du franchiseur à son obligation de transmission aura d'importantes répercussions sur l'avenir du contrat de franchise. A défaut de transmission, le franchisé pourra invoquer la nullité du contrat en ayant recours à des dispositions diverses. Pendant longtemps la cause a constitué le moyen privilégié de l'action en nullité du contrat de franchise. En effet, la transmission du savoir-faire constituait la cause de l'obligation du franchisé. Pour obtenir gain de cause, le franchisé devait démontrer que la méthode transmise ne constituait pas un réel savoir-faire. La réforme du droit des contrats ne devrait pas remettre en cause les solutions passées puisque, malgré la suppression de la cause, ses fonctions ont été préservées. Le franchisé avait recours aussi à la notion d'objet, puisque l'objet même du contrat de franchise demeurait la réitération de la réussite commerciale du franchiseur. Il agira dorénavant en invoquant la notion de prestation de prestation telle que prévue à l'article 1163 du Code civil. Enfin, le franchisé peut agir sur le terrain du dol, lorsqu'il a été victime de manœuvre du franchiseur afin de le pousser à le contracter en le trompant sur la

consistance du savoir-faire ou sur l'étendue de ses compétences ou de son expérience. Le prononcé de la nullité du contrat de franchise pour absence de savoir-faire aura pour effet de remettre les parties dans la situation dans laquelle chacune se trouvait avant la signature du contrat de franchise. Le franchisé pourra obtenir réparation de son préjudice subi en raison du prononcé de la nullité du contrat sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle en sollicitant des dommages et intérêts complémentaires. Cependant, ces derniers auront pour effet d'indemniser la seule perte de chance du franchisé de ne pas avoir conclu un contrat à des conditions plus avantageuses, et non de compenser la totalité de ses pertes d'exploitation. Lorsque le franchiseur est en possession d'un réel savoir-faire mais qu'il s'abstient de transmettre ses éléments constitutifs ou ses évolutions, le franchisé pourra solliciter la résolution du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur. Le contrat de franchise étant un contrat à utilité continue puisque l'obligation de transmission du savoir-faire est une obligation à exécution successive, le franchiseur devra restituer au franchisé les sommes que ce dernier lui a versées depuis la dernière transmission des évolutions du savoir-faire. Malgré l'absence totale de savoir-faire, il se peut que la nullité du contrat ne soit pas systématiquement prononcée. En effet, certaines décisions ont, par le passé, requalifié le contrat de franchise en un contrat d'approvisionnement exclusif, de fourniture, ou encore, d'entreprise au détriment du prononcé de la nullité afin de préserver la relation contractuelle existante. Cependant, ces décisions restent assez isolées.

Pendant de l'obligation de transmission, la réception du savoir-faire par le franchisé constitue elle-aussi une obligation essentielle du contrat de franchise. Elle se traduit par une obligation pour le franchisé d'exploiter personnellement le savoir-faire qui lui a été transmis. Cela résulte du caractère *intuitu personae* du contrat de franchise puisque le franchiseur a sélectionné le franchisé en raison de ses qualités personnelles. L'obligation d'exploiter de manière personnelle le savoir-faire souffre de deux tempéraments dans la mesure où le franchisé peut céder sa position contractuelle avec l'accord du franchiseur. De plus, et dans la pratique, si le franchisé réceptionne le savoir-faire, ce sont ses salariés qui l'exploitent. L'obligation de réception impose que le franchisé réitère à l'identique le savoir-faire qui lui a été transmis. Il s'agit d'une condition indispensable à sa réussite commerciale, mais aussi à la préservation de la notoriété du réseau. A défaut, la résolution du contrat de franchise pourra être prononcée à condition que le manquement du franchisé soit grave. Le franchisé

doit donc suivre à la lettre les règles présentes au sein du manuel opératoire ou du cahier des charges. Cependant, ces normes ne seront réellement efficaces que si le franchiseur est en capacité de pouvoir en contrôler leurs applications et de sanctionner leurs violations. Pour la jurisprudence, les clauses insérées au sein du contrat de franchise, ayant pour finalité de permettre au franchiseur d'exercer des contrôles sur l'activité de son franchisé, sont indissociables de la réception du savoir-faire. En cas de défaillance du franchisé dans le respect de ces règles le franchiseur pourra utiliser son pouvoir de police afin de le sanctionner. Dans la pratique, ces contrôles se matérialiseront sous la forme de visites réalisées par le franchiseur et ses équipes au sein de l'établissement du franchisé, ainsi que par la communication par le franchisé de son chiffre d'affaire, factures et autres bons de commandes. Le refus du franchisé de laisser accéder le franchiseur ou de lui communiquer certains de ses éléments comptables pourront entraîner la résolution du contrat de franchise à ses torts exclusifs. Le pouvoir de police du franchiseur trouve cependant une limite dans le respect de l'indépendance de son franchisé. En effet, un franchiseur trop intrusif n'est pas à l'abri de voir son franchisé solliciter la requalification du contrat de franchise en contrat de travail dès lors qu'il est avéré qu'un lien de subordination existe entre eux. En l'absence d'un tel lien, le franchisé pourra demander à bénéficier du statut de gérant de succursale dès lors que les conditions de l'article L.7321-1 du Code du travail seront remplies. Enfin, le franchiseur pourra être reconnu comme gérant de fait de la société du franchisé en raison de sa trop grande immixtion dans la gestion de cette dernière.

La réception du savoir-faire, outre le fait qu'elle impose au franchisé de réitérer de manière totale et parfaite le savoir-faire transmis, l'oblige, par la même occasion, à supporter un certain nombre d'obligations accessoires. Tout d'abord, le franchisé sera tenu à des obligations financières par le paiement d'un droit d'entrée ainsi que des redevances périodiques. Le droit d'entrée a pour contrepartie l'adhésion du franchisé au réseau et donc l'accès au savoir-faire. Quant aux redevances périodiques, leurs contreparties se situent dans les avantages procurés par le franchiseur à son franchisé tout au long de l'exécution du contrat de franchise, tels que la mise en place d'une formation continue, d'une assistance, d'une veille informationnelle sur le maniement du savoir-faire ... etc. Le franchisé pourra invoquer le mécanisme de l'exception d'inexécution pour cesser le paiement de ses redevances dès lors que le franchiseur cessera de lui procurer ces avantages. Par ailleurs, le

franchisé sera tenu à une obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, qui est indispensable à la préservation à l'identité et la réputation du réseau. En intégrant une telle clause au contrat, le franchiseur cherche à ce que l'ensemble des franchisés s'approvisionnent auprès de lui ou d'un même fournisseur afin qu'ils proposent des produits identiques et de même qualité. Pour que la clause d'approvisionnement soit valable, le franchiseur se doit de déterminer avec précision la quantité ainsi que la qualité des produits que le franchisé devra acquérir auprès de lui ou du fournisseur agréé par lui.

Afin de protéger la valeur patrimoniale de son savoir-faire et de garantir la pérennité économique de son réseau, il est primordial que le franchiseur mette en place en amont de la transmission du savoir-faire, toute une série de mesures destinées à le protéger. En pratique, le contrat de franchise constitue l'outil incontournable pour y arriver. Par l'intermédiaire du contrat, le franchiseur prendra un certain nombre de mesures afin de protéger son savoir-faire lors de la période des négociations, ou encore, lorsque l'une des parties au contrat sera sujette à une opération de transmission universelle de patrimoine, ou qu'elle décidera de céder sa position contractuelle à un tiers. En effet, les négociations constituent une période à haut risque pour le franchiseur, puisqu'il n'est pas à l'abri qu'un pseudo candidat franchisé entre en négociations dans le seul but d'avoir accès à certaines caractéristiques du savoir-faire. La signature d'un avant-contrat comprenant une clause de confidentialité permettra d'éviter une telle situation. Le franchiseur pourra aussi recourir aux nouvelles dispositions de l'article 1112-2 du Code civil qui permet de sanctionner dans les conditions de droit commun, celui qui utiliserait ou divulguerait sans autorisation une information confidentielle obtenue au cours des négociations contractuelles. Par ailleurs, le franchiseur devra être vigilant lors des opérations relatives à la cession de contrat, qu'elles soient conventionnelles ou judiciaires. Longtemps régi par des règles d'origines prétoriennes, le consentement du cédé à la cession de contrat est désormais consacré au sein du Code civil. Le franchisé ne peut donc céder sa position contractuelle sans obtenir au préalable l'accord de son franchiseur. Si ce dernier dispose ainsi d'un pouvoir de contrôle dans le choix du cessionnaire, il ne doit pas l'exercer de manière abusive. Malgré ces nouvelles règles consacrées, le franchiseur se doit d'insérer dans le contrat de franchise une clause d'agrément qui viendra encadrer les modalités de la cession du contrat. Il pourra aussi insérer une clause de préférence afin d'acquérir en priorité le fonds de commerce du

franchisé afin d'éviter qu'un réseau concurrent ne se porte acquéreur et puisse avoir accès au savoir-faire. L'accord des parties sera aussi nécessaire en matière de transmission universelle de patrimoine qui affecte le plus souvent l'entreprise du franchiseur. Toutefois, la solution diffère quelque peu lorsque la cession du contrat de franchise intervient en matière de procédure collective. La jurisprudence semble admettre que seul compte le maintien de l'activité de la société bénéficiant d'une telle mesure pour prononcer la cession forcée du contrat de franchise en dépit du refus du cocontractant *in bonis* à la cession. En dépit de ces situations particulières, le franchiseur verra dans le contrat de franchise un outil indispensable afin de protéger son savoir-faire. Pour ce faire, il y insérera trois types de clauses : de non-concurrence, de non-réaffiliation et, enfin, de confidentialité. Ces clauses sont inhérentes au contrat de franchise car elles sont indispensables à la protection du savoir-faire. Si elles sont présentes dans l'ensemble des contrats de franchise, les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation ne seront valables que si elles respectent les principes de proportionnalité et de nécessité. En effet, ces clauses ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre du franchisé, raison pour laquelle elles doivent être limitées dans le temps et dans l'espace, tout en étant nécessaires à la protection du savoir-faire. La clause de non-réaffiliation est moins attentatoire à la liberté d'entreprendre du franchisé puisqu'elle ne lui interdit pas d'exercer une activité concurrente mais seulement d'adhérer à un autre réseau que celui du franchiseur. Quant à la clause de confidentialité, elle ne porte en aucune façon atteinte à la liberté d'entreprendre du franchisé mais seulement de l'empêcher de divulguer les éléments constitutifs du savoir-faire à un tiers.

La protection de manière préventive du savoir-faire peut aussi se matérialiser par le recours du franchiseur à certains mécanismes issus du droit de la propriété intellectuelle. Contrairement au contrat de franchise, le franchiseur ne peut utiliser les dispositions issues du droit de la propriété intellectuelle afin de protéger de manière directe son savoir-faire sous peine de faire voler en éclat son caractère secret. Le recours au droit de la propriété intellectuelle ne permettra donc qu'une protection indirecte du savoir-faire du franchiseur. Ainsi, il ne pourra recourir au brevet d'invention que pour protéger les outils et autres matériels qui sont indispensables à l'exploitation du savoir-faire. En effet, le code de la propriété intellectuelle impose qu'au moment de la demande de brevet, le déposant détaille de manière complète son invention pour qu'un homme de métier puisse l'exécuter. Le

franchiseur devrait alors détailler l'ensemble de son savoir-faire afin qu'il soit accessible de tous. Une telle solution remettrait en cause le caractère secret du savoir-faire ce qui aurait pour effet de voir l'ensemble des franchisés remettre en cause le contrat de franchise. Le franchiseur peut recourir au droit des marques afin de protéger la notoriété qui entoure son savoir-faire lorsque celui-ci permet de fabriquer des produits largement diffusés, et qui ont forgé la notoriété de la marque tout en étant indissociables de celle-ci. Enfin, le recours du franchiseur au régime de protection du droit des dessins et modèles, ne peut intervenir que pour protéger les produits ayant un caractère propre et nouveau. Quant au droit d'auteur, si le savoir-faire semble satisfaire aux conditions pour être considéré comme une œuvre de l'esprit puisqu'il est empreint de la personnalité du franchiseur, les effets de son régime de protection sont incompatibles avec le caractère secret du savoir-faire. En effet, pour pouvoir bénéficier de ce régime de protection, le franchiseur se doit de divulguer son savoir-faire. De plus, le législateur autorise la reproduction de l'œuvre, certes dans des cas limitatifs, sans pour autant que son créateur puisse s'y opposer. Le franchiseur ne peut donc se permettre que les éléments constitutifs de son savoir-faire puissent circuler librement à l'extérieur du réseau sous peine de voir les franchisés invoquer la caducité du contrat de franchise en raison de la disparition du caractère secret du savoir-faire.

Afin de sanctionner les atteintes à son savoir-faire ayant pour origine des agissements de tiers aux réseaux, le franchiseur pourra engager leur responsabilité délictuelle sur le fondement de l'action en concurrence déloyale et parasitaire, mais aussi sur celui du secret des affaires. Le franchiseur peut invoquer l'action en concurrence déloyale à l'encontre d'un agent économique avec lequel il n'est pas en situation de concurrence, dès lors que ce dernier adopte un comportement contraire à la pratique et à la morale des affaires. L'action en concurrence déloyale est une responsabilité subjective d'origine prétorienne dont le fondement juridique est l'article 1240 du Code civil. Pour engager la responsabilité délictuelle, le franchiseur devra satisfaire aux conditions de l'action en responsabilité, à savoir de démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. La faute se matérialise par un comportement contraire à la morale des affaires que sont la confusion, la désorganisation ou, encore, le parasitisme économique. Les connaissances acquises par l'un des salariés du réseau constituent pour les tiers au réseau un moyen d'accéder aux éléments constitutifs du savoir-faire du réseau. Si le recrutement d'un salarié

du franchisé ou du franchiseur par un concurrent ne peut être sanctionné, la solution sera tout autre si ce recrutement a été effectué dans le seul but d'accéder aux composantes du savoir-faire. Le franchiseur pourra alors engager la responsabilité délictuelle du nouvel employeur en arguant de la désorganisation de sa société. Mais, le franchiseur ne pourra pas agir à l'encontre d'un ancien salarié de son réseau si ce dernier décide d'ouvrir un point de vente en utilisant les compétences et les connaissances qu'il a acquises lorsqu'il était salarié du réseau. La jurisprudence opère une distinction entre, d'une part, le savoir-faire acquis par le salarié, qu'il est libre d'exploiter, et, d'autre-part, le savoir-faire du franchiseur qu'il ne peut utiliser sans avoir obtenu son autorisation au préalable. Le franchiseur pourra engager la responsabilité délictuelle de l'agent économique qui imiterait ses produits et ses services sans avoir obtenu son autorisation, à condition qu'il démontre que cette imitation entraîne une confusion dans l'esprit du public. Enfin, le franchiseur pourra aller sur le terrain du parasitisme économique qui ne constitue pas une notion distincte de celle de la concurrence déloyale mais plutôt comme étant son prolongement. Le franchiseur sera victime de parasitisme économique lorsqu'un tiers à son réseau s'immisce dans son sillage afin de tirer profit, sans rien dépenser, de son savoir-faire. Le franchiseur devra donc démontrer d'une part, que son savoir-faire est le résultat d'investissements plus ou moins importants et, d'autre-part, l'intention du tiers de se placer dans son sillage afin de profiter de ses investissements et donc de son savoir-faire. Une fois la faute caractérisée, le franchiseur devra démontrer l'étendue de son préjudice afin d'obtenir réparation. En matière de concurrence déloyale et parasitaire, la jurisprudence a posé une présomption irréfragable de préjudice. Ainsi, l'existence d'un préjudice découle nécessairement d'un acte de concurrence déloyale. Pour autant, cette présomption ne dispense pas le franchiseur de démontrer l'étendue de son préjudice qui, la plupart du temps, se traduira par une dépréciation de la valeur patrimoniale de son savoir-faire, ainsi que par une baisse de son chiffre d'affaire. L'étendue du préjudice sera plus difficile à quantifier pour le franchiseur lorsqu'il est victime de parasitisme économique et, notamment, lorsque l'agent économique aura parasité ses investissements intellectuels ou matériels. Afin de remédier à ces difficultés d'évaluation, la Cour de cassation semble admettre désormais qu'en matière d'actes de concurrence déloyale, la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes, au détriment du franchiseur, modulé à proportion de leurs chiffres d'affaires respectifs. Concernant la

détermination du lien de causalité existant entre la faute et le préjudice, il existe en pratique une souplesse dans sa détermination qui résulte de la présomption irréfragable de préjudice dégagée par la jurisprudence en matière d'actes de concurrence déloyale. Sur le fondement de l'action en concurrence déloyale et parasitaire, le franchiseur pourra obtenir outre la réparation de son préjudice subi, la cessation de l'atteinte à son savoir-faire. Pour rapporter la preuve d'une telle atteinte le franchiseur pourra recourir aux dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile.

Jusqu'en 2018, le franchiseur ne pouvait agir que sur le fondement de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire pour obtenir la condamnation sur le plan civil du tiers qui porterait atteinte à son savoir-faire. L'adoption en droit français d'un ensemble de dispositions visant à protéger le secret des affaires, offre au franchiseur une possibilité supplémentaire d'obtenir la réparation sur le plan civil de son préjudice. Au regard des conditions cumulatives posées par le législateur afin qu'une information soit qualifiée de secret des affaires et puisse donc bénéficier de ce régime de protection, il est possible d'affirmer que le savoir-faire constitue une forme d'expression du secret des affaires. En effet, tout comme le secret des affaires, les informations contenues au sein du savoir-faire sont difficiles d'accès pour des tiers au réseau et elles jouissent d'une valeur commerciale certaine. Enfin, le franchiseur aura mis en place tout un arsenal de mesures raisonnables (mot de passe, accès restreint, badge numérique, obligation de confidentialité ...etc) afin de préserver la valeur marchande de son savoir-faire. L'assimilation du savoir-faire à un secret des affaires permettra au franchiseur de pouvoir bénéficier des différentes mesures mises en place par le législateur afin de faire cesser une atteinte à son savoir-faire. L'intérêt pour le franchiseur de recourir aux dispositions relatives au secret des affaires est à chercher du côté du régime d'indemnisation mis en place. En effet, le législateur indique que pour déterminer les dommages et intérêts qui seront alloués à la victime, le juge devra prendre en compte, outre les conséquences économiques négatives de l'atteinte et le préjudice moral causé à la victime, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte y compris les économies d'investissements. Le recours aux dispositions relatives à la protection du secret des affaires permettra au franchiseur d'obtenir une meilleure indemnisation de son préjudice que s'il avait agi sur le terrain de l'action en concurrence déloyale.

Si dans la plupart des cas, les atteintes au savoir-faire du franchiseur peuvent être sanctionnées sur le terrain civil, certaines d'entre elles sont sanctionnées sur le plan pénal même si elles demeurent peu nombreuses. Le franchiseur verra surtout dans la condamnation pénale de l'auteur de l'atteinte un moyen de dissuasion à l'égard des personnes qui auraient pour projet de porter atteintes à son savoir-faire. Néanmoins, le droit pénal français ne comprend aucune disposition venant protéger de manière spécifique le savoir-faire du franchiseur. A première vue, le franchiseur pourrait invoquer le délit de violation du secret de fabrication. S'il n'est pas défini par le législateur, le secret de fabrication regroupe tout procédé de fabrication qui offre à son titulaire un intérêt pratique ou commercial. Le savoir-faire du franchiseur s'apparente donc à un secret de fabrication puisqu'outre son caractère secret, les informations qu'il contient sont utiles et indispensables pour le tiers afin d'exercer une activité commerciale. Toutefois, le franchiseur ne peut invoquer le délit de violation du secret de fabrication en raison de la conception restrictive adoptée par la jurisprudence sur la définition d'un tel secret. En effet, la jurisprudence considère que le secret de fabrication ne peut concerner que des procédés industriels et non commerciaux, alors même qu'une telle distinction n'existe pas dans le texte. Le franchiseur pourra recourir aux dispositions venant sanctionner des infractions générales telles que le vol, la corruption, l'abus de confiance, l'accès et/ou le maintien dans un système automatisé de traitements de données, ou encore de contrefaçon dont il serait victime. Cependant, le franchiseur doit garder à l'esprit que ces infractions ne seront constituées que si elles portent, non pas sur le savoir-faire lui-même, mais sur les supports physiques sur lesquels il est stocké.

BIBLIOGRAPHIE

PLAN

1. OUVRAGES, MANUELS ET TRAITES
2. THESES ET MEMOIRES
3. CHRONIQUES, ARTICLES DE REVUES ET COMMENTAIRES D'ARRETS
4. JURISPRUDENCES

1. OUVRAGES, MANUELS ET TRAITES

AZEMA (J.) :

- « *Droit de la propriété industrielle* », 7^{ème} éd, Dalloz, 2010.

BASCHET (D.) :

- « *La franchise : guide juridique et conseils pratique* », Gualino., 2005.

BENABENT (A.) :

- « *Droit des obligations* », 17^{ème} éd. LGDJ. 2018.

BENSOUSSAN (H.) :

- « *Droit de la franchise* », ed. Apogée, 1997

BESSIS (P.) :

- « *Le contrat de franchisage* », Les Guides Montchrestien, Paris 1986.

BLANC (N.), LATINA (M.), MAZEAUD (D.) :

- « *Droit des obligations* », 1^{re} éd, LDGJ, 2020.

BOULAY (J.) et CHANUT (O.) :

- « *Les réseaux de franchise* », La Découverte, 2010.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J-C.) :

- « *Droit de la distribution* », LGDJ, 2017.

CABRILLAC (R.) :

- « *Droit européen comparé des contrats* », 2^{ème} éd., LGDJ. 2016.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) :

- « *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd, Dalloz.

CHAVANNE (A.) et BURST (J.J.) :

- « *Droit de la propriété industrielle* », 7^{ème} éd., Dalloz. 2010.

CHENEDE (F.) :

- « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations, innovations, perspectives* », 2^{ème} éd. Dalloz. 2019-2020.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) :

- « *Droits des sociétés* », 29^{ème} éd., LexisNexis. 2016.

DISSAUX (N.) et LOIR (R.) :

- « *Droit de la distribution* », LDGJ. 2017.

DISSAUX (N.) et JAMIN (C.) :

- « *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article* », Dalloz.

DE MENDEZ (M.) et LEHNISCH (J-P.) :

- « *La franchise commerciale* », PUF, 2015.

DROSS (W.) :

- « *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », 2^{ème} ed., Litec. 2011.

FERRIER (D.) et FERRIER (N.) :

- « *Droit de la distribution* », 9^{ème} éd., LexisNexis. 2020.

GARINOT (J-M.) :

- « *La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives* », LexisNexis 2015, coll. CERDINI, vol. 44.

GAUMONT-PRAT (H.) :

- « *Droit de la propriété industrielle* », 2^{ème} éd., Litec, 2009.

GRATTON (L.) :

- « *Le contrat de cession, instrument de sécurisation de la cession de contrat* », RDC 2017, n°114j0, p. 370.

GRIMALDI (C.), MERESSE (S.), ZAKHORAVA-RENAUD (O.) :

- « *Droit de la franchise, Contrat, distribution, concurrence* », LexisNexis. 2017.

HUGUES DE BERZE et LECROIX (F.) :

- « *Bible* », F. Lecoy. 1938

KAHN (M.) :

- « *Franchise et Partenariat* », 5^{ème} éd., Dunod. 2009.

LE TOURNEAU (P.) :

- « *Les contrats de franchisage* », LexisNexis, Litec, 2^e éd. 2007.

LEVENEUR (L.) :

- « *Leçons de droit civil, T.II, vol.1* », Montchrestien, 1995.

MAINGUY (D.) :

- « *La crise du contrat de franchise* », Lextenso, 2015.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.) :

- « *Droit des obligations* », LGDJ, 10^{ème} éd. 2018.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P-Y.) :

- « Droit des contrats spéciaux », 8^e éd, LGDJ. 2016.

MAROT (Y.) :

- « *Le droit de la franchise : mémento juridique* », Gualino, 5^{ème} éd., 2003.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) :

- « *Droit civil, T. II, vol. 1, Les obligations* », 2^{ème} éd., 1988, Sirey.

MOUSSERON (J-M) :

- « *Droit de la distribution* », Litec, 1975.

PEROCHON (F.) :

- « *Entreprises en difficulté* », 10^e édition, LGDJ 2014.

POTHIER (R-J.) :

- « *Traité des obligations* », Dalloz, 2011.

SALEILLES (R.) :

- « *Etude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand* », 3^{ème} éd., LGDJ, 1925.

SIMON (F-L) :

- « *Théorie et pratique du droit de la franchise* », JOLY, 2009.

TEXIER (M.) :

- « *La désorganisation. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise* », PU Perpignan, 2006.

THULLIER (B.) :

- « *L'autorisation, étude de droit privé* », LGDJ, 1996, préface A. BENABENT.

VIVANT (M.) :

- « *Les clauses de secret, in les principales clauses des contrats conclus entre professionnelles* », PUAM, 1990, p. 101.

VOGEL (L.) et VOGEL (J.) :

- « *Traité de droit économique, Tome 2, Droit de la distribution* », Bruylant 2015.

ZENATI-CASTAING (F.) :

- « *Les biens* », 3^{ème} éd, PUF, 2008.

2. THESES ET MEMOIRES

AL SUHAIRY (Y.) :

- « *La fin du contrat de franchise* », Poitiers, 2009.

BLANC (N.) :

- « *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* », oct. 2010, Dalloz.

CASSIN (R.) :

- « *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques – exception non adimpleti contractus – et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution* », Paris, 1914.

CHARTIER (F.) :

- « *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise* », Montpellier I, 2002.

DANOS (F.) :

- « *Propriété, possession et opposabilité* », Economica, 2007.

DELEBECQUE (Ph.) :

- « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », Aix-Marseille, 1981.

KENFACQ (H.) :

- « *La franchise internationale* », Toulouse I, 1996.

3. CHRONIQUES, ARTICLES DE REVUES ET COMMENTAIRES D'ARRETS

AC FRANCHISE :

- « Le savoir-faire comme clé de voute du contrat de franchise », <https://acfranchise.com/article/un-contrat-de-franchise-clair-et-precis-evite-les-litiges>.

ALES (T.) :

- « L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? », AJ contrat 2017, p. 69.

ALLIX-DESFAUTAUX (C.), CHAUDEY (M.), FADAIRO (M.), KHELIL (N.), LE NADANT (A-L.), PERDREAU (F.), SIMON-LEE (F.) :

- « Conditions d'émergence et de diffusion de l'innovation au sein des réseaux de franchise », contrat de recherche 2013-2014 pour la Fédération Française de la Franchise.

AMEDEE-MANESME (G.) :

- « Le document pré-contractuel imposé par l'article 1er de la loi Doubin et le décret du 4 avril 1991 : analyse et proposition d'un pré-contrat type », JCP E n°27, 4 juill. 1991, p. 66.
- « La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de fonds de commerce », JCP E 2010, p. 1110.
- « Le rachat ou la fusion de réseaux », JCP E n°23, 7 juin 2012, p. 1364.

AMIEL-DONAT (J.) :

- « La légitimité de la clause de non-concurrence », CCC n°, 1992, p.1.
- « La théorie institutionnelle du réseau, in Aspect actuels du droit des affaires, » Mélanges, Dalloz, 2003, n°1, p.1.

AMIEL-COSME (L.) :

- « L'intransmissibilité des contrats de franchise, conclus intuitu personae, lors d'un apport partiel d'actif ou une fusion-absorption », Rev. sociétés 2009, p. 339.
- « L'apport partiel d'actif et le contrat de franchise ou le fabuleux destin de l'intuitus personae », Rev. sociétés 2010, p.562.
- « Primauté et efficacité de la transmission universelle de patrimoine : enfin la transmission d'un contrat de distribution sans l'accord préalable du distributeur », Rev. sociétés 2014, p. 657.

AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.) :

- « Droit des contrats : octobre 2006 à septembre 2007 », D. 2007, p. 2966.

ANCELIN (O.),

- « De l'inexistence du savoir-faire dans un contrat de franchise », AJCA 2015 p.333.

ANCELIN (O.) et D'HARCOURT (M.) :

- « Violation d'un contrat d'approvisionnement exclusif : condamnation in solidum d'un tiers concurrent » AJCA 2016, p. 209.

ANTIPPAS (J.) :

- « Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat », RTD. Civ. 2017, p. 43.

ARHEL (P.) :

- « Accord de distribution : droit de la concurrence – Accords de franchise », Rép. com., janv. 2017.

ARRAY (A.) :

- « La cession du contrat de franchise à l'occasion d'un plan de cession », Bull. Joly entrep. diff., 1^{er} mai 2014, n°03, p.167

AUGAGNEUR (L-M.) :

- « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », JCP G n°30, 27 juill. 2005, I 158.

AUZERO (G.) :

- « Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence », Rev. travail 2007, p. 308

AYNES (L.) :

- « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation), D. 1996, p. 13.
- « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », D. 1998, p. 25.
- « La cause, inutile et dangereuse », Dr. et patr. oct. 2014, n°240, p. 40.

AZEMA (J.) :

- « Droit français de la concurrence », JCP E n°12, 22 mars 1990, p. 15730
- « Brevets d'invention. Exigence de nouveauté, Divulgation, Documents confidentiels », RTD Com. 1993, p.503
- « Brevets d'invention. Nouveauté. Divulgation. Preuve », RTD Com. 1995, p. 771.
- « Propriété industrielle. Brevets, Savoir-faire, Concurrence, Droit commentaire, Licence », RTD Com. 1996, p.259.
- « La protection du secret des affaires dans la perspective de la proposition de directive européenne », Propr. industr. 2014, étude 17.

BAHUREL (C.) :

- « Clause de non-concurrence : refus d'une contrepartie financière réclamée au nom de la cause », D. 2013, p. 2622.

BALAT (N.) :

- « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », D. 2015, p. 699.

BALLOT-LENA (A.) :

- « Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l'amende civile consacrée : parties 1 et 2 », Blog réforme du droit des obligations., Dalloz.

BARBIER (H.) :

- « L'erreur sur la rentabilité économique », RTD civ. 2014, p. 109.
- « La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ? », RTD Civ. 2014 p. 884.
- « Un point sur le devoir de loyauté : existence, contenu et rayonnement », RTD Civ. 2019, p. 100.
- « La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme », RTD Civ. 2020, p. 391.

BARBIER (H.) et HEINICH (J.) :

- « Clientèle », Rép. civ, janv. 2016.

BASCHET (D.) :

- « La franchise : guide juridique et conseils pratique », Gualino, 2005.
- « Le savoir-faire du franchiseur doit être évolutif », Les Echos franchise et commerce associé, 3 Aout 2009, <http://www.lesechosdelafranchise.com/dossiers/evolution-du-concept/d-baschet-le-savoir-faire-du-franchiseur-doit-etre-evolutif-4542.php>.
- « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », Gaz. pal. 1994, 1, doct., p. 609 et s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », LPA, 20 nov. 2002, p. 36
- « Le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchiseur », RDC, 1^{er} aout 2010, n°4, p. 1278.
- « Les obstacles à la sortie du franchisé », RLDA juill-aout 2012, supplément au n°73, p.32.
- « Le contenu du contrat », RDC, 1^{er} avril 2013, n°2, p. 756
- « Un franchiseur a-t-il intérêt à se fonder sur la loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires ? », RDC 7 mars 2019, n°115u6, p.73.

- « Faut-il absolument un pilote dans le cockpit de la franchise ? », RDC, 7 mars 2019, n°1, p. 78.
- « La cour d'appel de Limoges ordonne la cession forcée des contrats de franchise au repreneur de l'entreprise du master franchisé », LEDICO mai 2019, n°112c2, p.3.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et GOUACHE (J-B.) :

- « La rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-2.
- « Choix de la franchise », JCl. Contrats – Distribution. Fasc. 1051.

BEIER (F-K.) :

- « L'évolution historique du concept d'activité inventive », RD Propr. industr. 1986, n°4, p.3

BELDA (J-B.) :

- « La caractérisation du dol dans le contrat de franchise sous l'empire du droit ancien et à la lumière du droit nouveau des contrats », RLDC, n°146, 1^{er} mars 2017

BENSOUSSAN (H.) :

- « Le droit de la franchise », LPA, 11 juill. 1997 n°83, p.40.
- « La clientèle au franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », D. 2001, p. 2498.

BERLIOZ (P.) :

- « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? » RTD Com. 2012 p. 263.

BERTRAND (A. R.) :

- « Droit d'auteur – Chapitre 102 – Relations entre le droit d'auteur, les autres droits privatifs et la protection des créations non protégées par un droit privatif », Dalloz Action, 2010, 102.54.

BINCTIN (N.) :

- « L'apport en société de savoir-faire », AJCA 2015, p. 355.

- « Savoir-faire », Rép. com. janv. 2018,
- « Brevet d'invention », Rép. com, janv. 2018,

BLANC (G.) :

- « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », D. 1993, p. 218.
- « Entreprises en difficulté – Cession de contrat », Rep. sociétés, n°124 et s

BLANC (N.) :

- « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », RDC 2015, p. 810

BLOCH (C.) :

- « Les obligations du franchisé et du franchiseur », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats 2014 p. 1584.

BODDAERT (J.) et SOLTNER (B.) :

- « Les réseaux de distribution menacés par l'application extensive de l'article L. 7321-2 du Code du travail », D. 2017, p. 368.

BORIES (A.) :

- « Acquisition du fonds de commerce du franchisé par le concurrent du franchiseur », Dalloz actualité, 2 déc. 2014.
- « *Procédure collective du franchiseur : la lettre et l'esprit de l'article L. 642-7 du Code de commerce ?* », JCP E n°17-18, 25 avril 2019, p. 1207.

BORGHETTI (J-S.) :

- « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, vue d'ensemble de l'avant-projet », D. 2016, p. 1386.
- « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », D. 2016, p. 1442.

BOSCO (D.) :

- « Retour sur les restrictions accessoires stipulées dans les contrats de franchise », CCC n°4, avr. 2018, comm. 75

BOUBLI (B.) :

- « Le contrat d'entreprise », Rép. civ, nov. 2016, n°3.

BOUCHE (N.) :

- « La protection du savoir-faire », AJCA 2015 p.346.

BOULOC (B.) :

- « Franchise. Contrat conclu *intuitu personnae*. Transmission par le franchiseur. Conditions », RTD Com. 2009 p.432.

BOUT (R.) :

- « Les accords de franchise », Lamy droit économique, éd. 2015, n°4573 et s.

BOUTIN (A.) :

- « Appréciation de l'activité inventive à partir des enseignements d'un modèle », LEPI, 1^{er} mai 2011, n°5, p.4 ;

BOUVET (T.) :

- « Détermination du détenteur légitime des droits sur un secret d'affaires », Propr. industr. n°9, sept. 2018, doss.9

BRIAND (D.) :

- « Cessions et réseaux de distribution », Rev. proc. coll. n°2, mars 2015, dossier 33.

BRUN (Ph.) :

- « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité », RLDC, sept. 2016, p.31.

BUCHER (C-E.) :

- « La nécessaire limitation dans l'espace de la clause de non-réaffiliation », LEDICO, n°8 p.5, 1^{er} sept. 2017.
- « Le contrôle de la clause de non-réaffiliation contenue dans le contrat de franchise », LEDICO, 1^{er} avr. 2018, n°4, p. 3
- « La validité d'un contrat de franchise », LEDICO mars 2019, n°111y4, p.2.

- « Un judicieux rappel des conditions de validité des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation dans un contrat de franchise », LEDICO sept. 2019, n°112h5, p.2.
- « Nullité d'un contrat de franchise pour violation de l'obligation précontractuelle d'information : un vice est nécessaire », LEDICO janv. 2020, n° 112s6, p. 3
- « Caractère disproportionnée d'une clause de non-concurrence au regard de la protection des intérêts légitime de son créancier », LEDICO févr. 2020, n°112u4, p.2.
- « Conséquences de la nullité d'une clause de non-concurrence sur une demande d'indemnisation », LEDICO juill. 2020, n°113d1, p.3

BUY (F.) :

- « Loi Macron : focus sur les clauses restrictives d'après contrat », D. 2015 p.1902.

CAPDEVILLE (J.) :

- « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ pénal 2011, p. 459.

CAPRIOLI (E.) :

- « Responsabilité contractuelle retenue à l'encontre d'un ancien salarié pour la violation d'une clause de confidentialité », CCE n°5, mai 2011, comm. 48.
- « Condamnation pour maintien dans le STAD et vol de fichiers informatiques », CCE n°9, sept. 2015, comm. 75.

CARON (C.) :

- « L'enregistrement d'une marque olfactive est-il conforme au droit communautaire ? », JCP E n°10, 6 mars 2003, p. 358.
- « Le droit d'auteur n'est plus au parfum », CCE., n°9, sept. 2006, comm 119.

CASALONGA (A.) :

- « Brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur (inventions dites de logiciel), Cah. dr. entr. n°6, nov. 2010, dossier 32.
- « La réparation de la contrefaçon des brevets d'invention dans le procès civil depuis la loi du 29 octobre 2007 », Cah. dr. entr. n°6, nov. 2010, dossier 34.

CASEAU-ROCHE (C.) :

- « La clause de confidentialité », AJCA 2014 p.119.

CASTEL (D.) :

- « Protection du secret des affaires – la loi publiée », JA 2018, n°584, p. 8.

CATELAN (N.) :

- « Abus de confiance, détention précaire et remise en pleine propriété », JCP G, n°29

CELAYA (M.) :

- « Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoisement », RLDA juill.- août 2012, supplément au n°73, p.40.

CHAMPAUD (C.) :

- « La concession commerciale », RTD com., 1963, p. 451, n°24.

CHANTEPIE (G.) :

- « La rupture des contrats d'affaires : la gestion contractuelle de la rupture », AJCA 2016, p. 130.
- « Contrat : effets », Rép. civ. n°193.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) :

- « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », D. 2018, p. 309.

CHAVANNE (A.) et AZEMA (J.) :

- « Copie servile et concurrence déloyale », RTD Com. 1990 p. 386.

CHEVRIER (E.) :

- « Les coopératives des commerçants détaillants relèvent de la loi Doubin », D. 2002, p. 2868.
- « Licéité d'une clause de non-réaffiliation d'un franchisé », D. 2006, p.498.

- « L'assistance au franchisé doit être individualisée », D. 2007, p. 2303.
- « Concurrence déloyale : pas besoin d'une situation concurrentielle », D. 2008, p. 2573
- « Franchisage : clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », D. 2010 p.2357.
- « Non-concurrence vs non-réaffiliation ; droit des contrats vs droit de la concurrence », Dalloz actualité, 1er mars 2011
- « Franchisage : proportionnalité d'une clause de non-réaffiliation », D. 2012 p. 1119.

CHONE-GRIMALDI (A-S.), DARMON (J.) et GRANDJEAN (J-P.) :

- « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », JCP E 2016, n°25, 1374.

CIOLINO-BERG (D.) :

- « Vol d'informations sur internet », CCE., n°11, nov. 2003, chron. 23.

CLAVIER (J-P.) :

- « Distinctivité d'une marque sonore », LEPI, 30 nov. 2016, n°10, p. 5.

CRESSARD (B.) :

- « Contrat de franchise et bonne foi », AJ contrat 2017, p. 163.

COMERT (M.) :

- « Clause de non-concurrence post-contractuelle disproportionnée en matière de franchise : la nullité et rien d'autre », AJCA 2016 p. 306.

CONSTANTIN (A.) :

- « L'exception d'inexécution peut être opposée entre obligations nées de conventions distinctes », JCP G n°50, 14 déc. 2005, doct. 194.

COURTIEU (G.) :

- « Droit à réparation – concurrence déloyale – applications pratiques : confusion et patrimoine », JCl. Civil Code, Fasc. 132-30, n°44 et s.

DE CANDE (P.) :

- « Objet de la protection », JCl. Marques – Dessins et modèles, Fasc. 3220, n°3

DE COCKBORNE (J-E.) :

- « Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence », RTD eur. 1989, p. 181.

D'HARCOURT (P.) :

- « L'indétermination du prix dans les contrats de distribution : évolutions aux Palais, révolution à la Cour », JCP E n°1, 4 janv. 1996.

DE MAISON ROUGE (O.) :

- « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », IP / IT 2018, p. 659.

DE ROBERT-HAUTEQUERE (P.) :

- « Le secret des affaires, créateur de valeur », IP/IT 2018, p. 677

DE SAINT-POL (F.) :

- « Procédure collective du franchiseur et cession forcée du réseau : que fait la jurisprudence ? », JCP E n°45, 6 nov. 2014, 1561.

DE SENILHES (S.) :

- « Franchiseurs : optimisez la perception de vos redevances et le partage d'informations tout en prévenant le risque d'ingérence », AJCA 2016, p.8.

DE LAMY (B.) :

- « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », D. 2005, p. 411.

DE WYNCKELE-BAZEALA (A-V.) :

- « Pacte de préférence et contrat de franchise », D. 2004, p. 2487.

DANGLEHANT (C.) :

- « Concurrence déloyale – Préjudice – Actes de concurrence déloyale d'un ancien concessionnaire automobile à l'égard du concédant (oui). Demande en dommages-intérêts. Bien-fondé (oui). Préjudice seulement moral. Caractère suffisant (oui) », JCP E n°9, 3 mars 1994, 545.

DANIEL (J.) :

- « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », JCP S, n°19-20, 12 mai 2015, p. 1165.

DAURY-FAUVEAU (M.) :

- « Atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données », JCl. Pénal, Fasc. 20, n°7 et s.

DECOCQ (G.) :

- « Accord de distribution : la clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut s'étendre aux territoires antérieurement concédés ». CCC n°4, avril 2013, comm. 83.

DEFOSSEZ (M.) :

- « La bonne foi au cœur des négociations », AJ contrat 2016, p. 327.

DELAFONTAINE (L.) :

- « Franchise : comment modéliser le savoir-faire d'une entreprise », Agora Entreprise, 9 octobre 2013, V. www.agoraentreprise.com,

DELANGLE (C.) :

- « La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective », JCP E n°20, 14 mai 2015, 1224.

DELPECH (X.) :

- « La faillite des opérateurs de voyages et de séjours : sort des contrats et de la clientèle », JT. 2010, n°123, p.32.
- « Le secret des affaires bientôt protégé par la loi ? », AJ contrat 2015, p. 52.
- « Adoption de la directive sur la protection des secrets d'affaires », AJ contrat 2016, p. 216.

- « Une proposition de loi visant à transposer la directive secrète des affaires », AJ contrat 2018, p. 100.
- « Transposition de la directive sur la protection des secrets d'affaires », AJ contrat 2018, p. 349.

DEMARET (P.) :

- « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E n°48, 27 nov. 1986, p.14816 ;

DENIZOT (C.) :

- « Baux commerciaux et logement décent », AJDI 2007, p. 922.

DESCHAMPS (O.) :

- « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis : revue pratique de la jurisprudence récente », AJCA 2014 p. 56.

DESCHAMPS (O.) et FOURGOUX (J-L.) :

- « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis des franchisés : revue pratique de la jurisprudence récente », AJCA 2014 p.56.

DESHAYES (O.) :

- « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », RDC n°04, p. 654.

DESJEUX (X.) :

- « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (à propos de la sanction de la copie) », JCP E n°22, 30 mai 1995, 14490.

DEPINCE (M.) :

- « La nullité d'une clause de non-concurrence au regard du droit du travail ne fait pas obstacle à la condamnation de l'ancien salarié pour concurrence déloyale », JCP E n°40, 6 oct. 2005, 1463.

DEPINCE (M.) :

- « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009 p.259.

DEVESA (P.) et BOYE (E.) :

- « Savoir-faire : contrat de savoir-faire non breveté », JCl. Contrats – Distribution, Fasc n°1860.

DEVEZE (J.) :

- « Le vol de biens informatiques », JCP E n°20, 15 mai 1986, n°14712.

DHENNE (M.) :

- « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », D. 2018, p. 1817.

DISSAUX (N.) :

- « Retour sur la validité des clauses de non-concurrence en matière de franchise », JCP E n°9, 4 mars 2010, 1220.
- « Les conditions d'efficacité de la cession d'un contrat de franchise », JCP E n°17, 29 avril 2010, 1412.
- « La spécificité de la clause de non-réaffiliation », JCP E n°43, 28 oct. 2010, 1943.
- « Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire », JCP G n°7, 14 fév. 2011, 177.
- « L'annulation du contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité de l'entreprise », D. 2011, p. 3052.
- « La rentabilité au cœur du contrat de franchise » D. 2012 p.2079.
- « Distribution-Généralités », JCl. Concurrence-Consommation, 1er Juillet 2012.
- « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », AJCA 2014 p.60.
- « L'essai en matière de franchise », AJCA 2015, p.403.
- « Loi Macron et réseaux de distribution : d'une polémique, l'autre », D. 2015, p. 496.

- « Franchise », Rép. com., avril 2015.
- « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », AJ contrat 2017, p. 10.
- « Les mystères du contrat cadre », AJ contrat 2017, p. 104.
- « Le faux franchiseur était une vraie centrale », AJ contrat 2018, p. 489.

DROSS (W.) :

- « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », RTD civ. 2004, p.1.

DONDERO (B.) :

- « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », JCP E n°46, 15 nov. 2012, 1671.

DORANDEU (N.) :

- « Action en concurrence déloyale pour confusion », D. 2003, p. 1302.

DRAGNE (J.) :

- « Pas d'immunité pour dénigrement par registre du commerce interposé », Propr. industr. n°2, mai 2002, comm. 26.

DUMAS (R.) :

- « Transparence du patrimoine et protection du secret des affaires », RLDA févr. 2012, p. 84

DURRANDE (S.) et CANLORBE (J.) :

- « Différents signes susceptibles de constituer une marque », JCl. Marques – Dessins et modèles, Fasc. 7100.

DUTTO (V.) :

- « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrat 2017, p. 159.

ECKERT (G.) :

- « Quelle place pour la libre concurrence ? », RJEP n°718, avril 2014, comm. 18.

FABRE (R.) et SERSIRON (L.) :

- « Réserve de savoir-faire », JCl., Brevets, Fasc.4200.
- « Contrat de licence de savoir-faire », JCl., Brevets, Fasc. 4710.

FAGES (B.) :

- « Violation d'une clause de secret : condamnation du débiteur à des dommages et intérêts », JCP G, n°1, 7 janv. 1998, II, 10000.
- « Intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif », RTD civ. 2008, p. 478.
- « La caducité de la promesse n'emporte pas qu'une faute soit reconnue dans la rupture des pourparlers poursuivis par les parties », RTD civ 2011, p. 345.
- « La rentabilité et la viabilité de l'entreprise peuvent être objet d'erreur ou de réticence dolosive », RTD Civ, 2012, p. 724.

FAVRE-BONTE (V.) et GARDET (E.) et THEVENARD-PUTHOD (C.) :

- « L'innovation au cœur des stations et des territoires de montagne », JS 2014, n°138, p.23.

FEDERATION FRANÇAISE DE FRANCHISE :

- « La loi Macron veut-elle tuer la franchise ? » Communiqué de presse du 3 Février 2015 au sujet de la suppression des clauses de non-concurrence post-contractuelles au sein des contrats de franchise, prévue par le projet de loi pour la croissance et l'activité.

FERRIER (D.) :

- « Distinction entre contrat de franchise et contrat d'approvisionnement exclusif », D. 1990, p. 176.
- « Conditions de la résiliation d'une franchise aux torts du franchiseur : carence dans la formation », D.1990 p.370.
- « Contrat de franchise : obligation de communication d'un savoir-faire », D.1990 p.370.
- « L'obligation du franchiseur de transmettre son savoir-faire : éléments constitutifs », D.1992 p.391.

- « Résiliation du contrat de franchise aux torts du franchisé qui n'exécute pas son obligation d'appliquer le savoir-faire du franchiseur », D.1992 p.392.
- « Eléments constitutifs du savoir-faire que le franchiseur doit transmettre au franchisé », D.1995 p.76.
- « Requalification d'un contrat de franchise en gérance salariée à défaut d'autonomie du prétendu franchisé dans l'exploitation de son commerce », D.1997 p.57.
- « La clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat », D. 1997, p. 59.
- « N'est pas manifestement licite la clause de non-concurrence prévue en cas de résiliation d'un contrat de franchise ». D. 1997, p.59.
- « Le non-respect de l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur n'est pas, en soi, constitutif d'un dol », D. 1998, p. 334 ;
- « Recherche nécessaire par le juge, par une analyse concrète du contrat de franchise, du savoir-faire original susceptible d'être transmis », D.1998 p.338.
- « Licéité de la clause de non-concurrence introduite dans un contrat de franchise », D.2002 p.3005.
- « L'assistance du franchiseur ne prive pas le franchisé de son indépendance commerciale », D.2003 p.2429.
- « Constitue un contrat de franchise l'ensemble de conventions aménageant une exclusivité de marque et la mise en œuvre d'un concept », D.2003 p.2432.
- « Concurrence-distribution : panorama 2005 », D. 2006, p. 512
- « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence », D. 2008, p.388.
- « La distribution sélective dans le cadre du nouveau règlement n°330-2010 », JCP E n°3, 20 janv. 2011, 1029.
- « L'obligation d'informer le futur franchisé », RDC, 1^{er} juill. 2012, n°3, p. 1068

- « Concurrence – Distribution – janvier 2013 – décembre 2013 », D. 2014, p. 893.
- « La loi du 6 Aout 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ... en matière de distribution (?) », D. 2015, p. 1904.
- « Concurrence-Distribution », D. 2015, p.943.
- « Concurrence – Distribution : Janvier 2016 à Décembre 2016 », D. 2017, p. 881.

FERRIER (N.) :

- « Concurrence – Distribution, janvier 2019 – décembre 2019 », D. 2020, p. 789.

FOURGOUX (J-L.) :

- « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJCA 2016, p. 127.

FOURNIER (F.) :

- « L'équilibre des réseaux de franchise de parfumerie de luxe : d'un équilibre menacé à l'équilibre nécessaire », D. 2002, p. 793.
- « Abus de confiance », JCl. Pénal des affaires, Fasc n°10, n°13 et s.

GALLOUX (J-C.) :

- « Protection des brevets : hormone de croissance humaine, convertisseur de monnaie, saisie-contrefaçon, saisie descriptive et saisie réelle », RTD Com. 2001, p. 692.
- « La protection du savoir-faire », RTD Com. 2007 p. 529.
- « L'activité inventive en matière de brevets : l'équipe d'hommes du métier », RTD com. 2016, p. 89
- « L'identification des secrets des affaires », Propr. industr. n°9, sept. 2018, dossier 8.
- « La transposition de la directive sur le secret des affaires », RTD com. 2018, p. 643.

GARCON (E.) :

- Code pénal annoté, article 418, § 2 : S. 1959, M. Rousselet, J.Patin et M. Ancel

GARINOT (J-M.) :

- « Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière », Gaz. Pal. n°345, p.9, 11 déc. 2014.
- « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », AJ contrat 2018, p. 412.

GAST (O.) :

- « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir-réussir », LPA, 3 nov. 1995 n°132, p.9.
- « Les clauses d’approvisionnement exclusif sous haute surveillance », LPA, 5 mai 1995, n°54, p.13.
- « Comptes d'exploitation provisionnels et franchise : vers un débat d'experts ? », LPA, 31 mai 1999, n°107, p.6.

GAUTIER (P-Y.) :

- « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica ». D. 2006, p.1861.

GENICON (T.) :

- « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », D. 2015 p. 1551.

GESTHIN (J.) :

- « Economie du contrat », RTD Civ. 1996, p. 901.
- « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité à entreprendre », JCP G n°6, 6 fév. 2012, 135.
- « Erreur », Rép. civ, n°7 et s.

GHILAIN (F.) :

- « Jurisprudence – Brevets d’invention », Gaz. Pal., n°58, p.13.

GIRAULT (C.) :

- « Le détournement constitutif de l’abus de confiance », AJ pénal 2004, p. 325.

GISCLARD (T.) :

- « La nature des dommages et intérêts sanctionnant la contrefaçon - à propos de l'arrêt de la CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », Propr. ind., n°5, mai 2017, étude 15.

GOUACHE (J-B.) :

- « Manuel opérationnel », L'officiel de la franchise, juill.- aout 2011.
- « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise », CCC n°11, nov. 2015, étude 15.
- « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise 2016 », CCC, n°2, févr. 2017, étude 2

GOUACHE (J-B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- « Actualité du droit de la franchise 2018 », CCC n°12, déc. 2018, étude 16.
- « Choix de la franchise », , JCl., Contrats – Distribution n°35 et s. Fasc. 1051
- « Rédaction du contrat de franchise : clauses essentielles », JCl. Commercial, Fasc. 316-1, n°61 et s
- « Actualité du droit de la franchise 2019 (1^{re} partie) », CCC n°1, janv. 2020, étude 1.
- « Actualité du droit de la franchise 2019 (2^e partie) », CCC n°2, fevr. 2020, étude 2.

GRAS (G.) :

- « Préface », LPA, 13 nov. 2009 n°227, p.10.

GREFFE (F.) :

- « Application des nouvelles dispositions du Livre V du Code de la propriété intellectuelle », Propr. industr. n°8, nov. 2002, comm. 80.
- « Dessins et modèles », JCP E n°37, 11 sept. 2003, p. 1291.

- « Distribution », Rép. com, juin 2016, n°80 et s.

GRIMALDI (C.) :

- « Les clauses portant sur une obligation essentielle », RDC 2008, p. 1095.
- « Une clause de non-réaffiliation limitée dans le temps et dans l'espace, justifiée et proportionnée aux intérêts du créancier, n'a pas à être rémunérée », RDC, 1^{re} juill. 2012 n°3, p. 878.
- « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », D. 2015, p. 814.
- « Évolution du réseau de franchise : quelle liberté pour le franchiseur ? », RDC, 1^{re} déc. 2016, n°04, p.686.
- « De quelques précisions relatives à la validité des clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-réaffiliation », RDC n°1, p. 70
- « Pronuptia, 30 ans après ... », LEDICO, 1^{re} mars 2018, n°3, p.1.
- « De l'application dans le temps de l'article L.341-2 du Code de commerce », LEDICO mai 2020, n°112z5, p.3.

GROSSER (P.) :

- « La réforme en pratique : la résolution pour inexécution du contrat », AJCA 2014, p. 26.
- « La résolution unilatérale : conditions et régime », AJCA 2014, p. 72.

GUERIN (S.) et GENTY (N.) :

- « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », AJ contrat 2017, p. 17.

HAAS (G.) :

- « Les enjeux et protection de la confidentialité dans les opérations IP/IT », IP/IT 2017, p. 311

HAAS (G.), FALCONIERI (E.), O'RORKE (W.) :

- « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », IP/IT 2017, p. 313.

HAFTEL (B.) :

- « La responsabilité contractuelle : conditions et effets », colloque de l'IRDA du 19 mai 2017 intitulé « Le juge et le droit de la responsabilité civile : bilan et perspective ».

HAMELIN (J-F.) :

- « Admissibilité de l'erreur sur la rentabilité et informations fournies par le franchiseur », LEDC sept. 2020, n°113g7, p. 3.

HASSLER (T.) :

- « L'intérêt commun », RTD Com., oct. 1984, p. 581 et s.

HERPE (F.) :

- « Le franchisé peut-il obtenir l'annulation du contrat de franchise lorsque la licence sur la base de laquelle le franchiseur détient des droits de marque n'est pas publiée ? », LEPI, 1^{er} janv. 2015, n°01, p.6.

HOUTCIEFF (D.) :

- « La rupture non fautive des négociations ou l'accord sur le désaccord », Gaz. pal. 26 avril 2016, n°16.
- « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », Gaz. pal, 26 sept. 2017, n°32, p. 31.
- « L'erreur sur la rentabilité d'une franchise se déduit des données communiquées par le franchiseur », Gaz. Pal. 15 sept. 2020, n°386.

HOVASSE (H.) :

- « Apport partiel d'actif sous le régime des scissions ou fusion-absorption : conditions de la transmission d'un contrat de franchise », JCP E n°40, 2 oct. 2008, 2210.

INFOREG :

- « La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ? », Cah. dr. entr. n°5, sept. 2008, prat. 20.
- « Le savoir-faire dans les contrats de franchise », Cah. dr. entr., n°2, mars 2016, prat. 6.

JAOUEN (M.) :

- « Négociations et obligation de confidentialité », AJ contrat 2016, p. 275.

JAMIN (C.) :

- « Responsabilité d'un franchiseur ayant commis une erreur d'appréciation concernant le budget prévisionnel du franchisé », JCP E n°23, 6 juin 1996, 825.
- « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », D. 1998, p. 145.
- « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », D. 2003, p.2878.

JANUEL (P.) :

- « Secret des affaires : le groupe En Marche dépose sa proposition de loi », Dalloz Actualité, 20 fév. 2018.
- « Le Sénat veut avancer sur la réforme de la responsabilité civile », Dalloz actualité, 22 juill. 2020.

JEANDIDIER (W.) :

- « Infractions économiques – Les infractions en matière de concurrence », Dr. pénal, Dalloz, oct. 2016, n°139 et s.

JOURDAIN (P.) :

- « Vers un nouveau mode d'évaluation du préjudice économique consécutif à des actes de concurrence déloyale ou parasitaire », RTD Civ. 2020, p. 142.

JOUVEN (C.) et KARINE (M.) :

- « Comment protéger un concept ? », IP/IT 2016, p. 597.

KAMINA (P.) :

- « Nouveauté et caractère propre : droit transitoire et appréciation », Propr. industr. n°6, sept. 2002, comm. 62.

KEBIR (M.) :

- « Mesure d'instruction in futurum et secret d'affaires : contrôle de proportionnalité », Dalloz actualité 7 juill. 2017.

KEMPF (H.) :

- « Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 (Les origines de la politique concurrentielle fédérale américaine) », Cahiers d'économie politique, n°20, 1992, édition L'HARMATTAN, p. 187 et s.

KRAJESKI (D.) :

- « L'intuitu personae et la cession du contrat », D. 2001, p. 1345.

LACRESSE (A.) ET PIHERY (R.) :

- « Le savoir-faire et le droit de la concurrence », AJCA 2015 p.359.

LAITHIER (Y-M.) :

- « Le bénéfice retiré du contrat annulé n'est pas restituable », RDC 2015, n°111s3, p.230

LAJNEF (N.) :

- « Concurrence déloyale entre franchiseurs », AJCA 2014 p.94.

LAPOUSTERLE (J.) :

- « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », D. 2014, p. 682.
- « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », IP/IT 2016 p.493.
- « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ? », D. 2016, p. 1072.

LARRIEU (J.) :

- « La bière corse sous pression », Propr. industr. n°3, mars 2007, comm. 24.
- « Le savoir-faire de la sage-femme », Propr. industr. n°5, mai 2010, comm.33.
- « Un an de droit de la concurrence déloyale », Propr. industr. n°9, sept. 2012, chron.

- « Le droit interne de la concurrence déloyale : quoi de neuf ? », Propr. industr. n°1, janv. 2013, dossier 6.
- « Le diable est dans les détails, le parasitisme aussi », Propr. industr. n°1, janv. 2015, comm. 7.
- « Un an de droit de la concurrence déloyale », Propr. industr. n°10, oct. 2015, chron. n°9.
- « Protection juridique de la présentation d'un point de vente », Propr. industr. n°4, avr. 2018, étude 9

LARROUMET (C.) :

- « La descente aux enfers de la cession de contrat », D. 2002, p. 1555.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.) :

- « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ Pénal 2011, p.459.
- « Précisions utiles sur le délit de violation du secret de fabrique », LPA, n°239, p. 13, 29 nov. 2012.
- « Responsabilité pénale et civile d'un trader », JCP G n°51, 17 déc. 2012, n°1371.

LATREILLE (A.) :

- « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », LPA, 8 août 2008, n°157, p.4.

LECLERC (F.) :

- « Les enjeux de la confrontation des contrats de distribution à la réforme du droit des contrats », AJ contrat 2017, p. 152

LECOURT (A.) :

- « Requalification d'un contrat de franchise en gérance salariée de succursale », AJCA 2014, p. 142.
- « Pour un plagiaire, le pain des autres est du gâteau, ou de l'absence de concurrence déloyale dans le secteur de la boulangerie », AJCA 2016, p. 93.

LE CANNU (P.) :

- « Le contrat de franchise, conclu intuitu personae, ne se transmet qu'avec l'accord du franchiseur en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions ». RTD com. 2009, p. 385.

LE GOFFIC (C.) :

- « Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente », JCl. Concurrence – Consommation, Fasc. 25

LE TOURNEAU (P.) :

- « Le franchisage », JCP N n°2, 11 janv. 1985, 100081.
- « Le bon vent du parasitisme », CCC n°1, janv. 2001, chron. 1.
- « Droit de la responsabilité et des contrats », Action Dalloz 2014/2015, n°5686.
- « Principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : application à la concurrence déloyale », AJ contrat 2014, p. 335.
- « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! – De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui généré spécifique à créer », CCE n°10, oct. 2017, étude 16.

LE TOURNEAU (P.) ET ZOÏA (M.) :

- « Les contrats de franchisage », LexisNexis, Litec, 2007.
- « Franchisage, variétés du franchisage, indépendance et domination dans le franchisage, droit de la concurrence et franchisage », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 1045, 1^{er} juill. 2011
- « Franchisage, franchisage dans le domaine des services, le franchiseur et le franchisé », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 1050, 1^{er} juill. 2011.
- « Franchisage. Franchisage dans le domaine des services – Le franchiseur et le franchisé », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 1050, n°179 et s.

- « Franchisage : variétés du franchisage – indépendance et domination dans le franchisage – droit de la concurrence et franchisage », JCl. Contrats – Distribution, fasc. 1045, 29 fév. 2016.
- « Réseaux de distribution », JCl. Réseaux – Distribution, Synthèse n°50

LEBOIS (A.) :

- « Informations techniques et savoir-faire », LEPI, 15 juill. 2012, n°07, p. 5.

LEBLOND (N.) :

- « Le brasseur qui produit selon le savoir-faire d'un autre n'est pas indépendant », LEDC, 2016, n°2, p.4.

LECOURT (A.) :

- « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », D. 2003, p.623.
- « Requalification d'un contrat de franchise en gérance salariée de succursale », AJCA 2014, p. 142.
- « Appréciations strictes de la nullité du contrat de franchise », AJCA 2015 p.44.
- « Redressement judiciaire du franchiseur, cession du contrat de franchise et application raisonnée de l'intuitu personae » AJ contrat 2015, p. 140.
- « Attention aux risques de requalification d'une franchise en gérance salariée », AJCA 2015 p.481.
- « Pour un plagiaire, le pain des autres est du gâteau, ou de l'absence de concurrence déloyale dans le secteur de la boulangerie », AJCA 2016, p. 93
- « Melting-pot autour de la rupture d'un contrat de franchise : avantage au franchiseur ! », AJ contrat 2017, p. 89.
- « Proportionnalité et nécessité de la clause de non-réaffiliation », AJ contrat 2018, p. 44

LEFEBURE (B.) :

- « Le droit de la franchise en Chine », Gaz. Pal., 21 juin 2008 n°173, p. 51.

LEFRANC-HAMONIAUX (C.) :

- « La clause de non-concurrence : quand la contrepartie financière doit être versée ? », D. 2007, p. 1708

LEGEAIS (D.) :

- « La franchise », JCP N n°27, 3 juill. 1992, 100982.
- « Contrat d'assistance et de fourniture », JCl. Commercial, Fasc. 306, n°1 et s.
- « Concurrence déloyale et parasitaire », JCl. Commercial, Fasc. 254, n°26 et s.
- « Synthèse – Contrats de distribution », JCl. Commercial, Synthèse n°50, n°35 et s.

LEQUETTE (S.) :

- « Réforme du droit commun des contrats, et contrats d'intérêt commun », D. 2016, page 1148.
- « Le champ contractuel : réflexions à partir de la rentabilité économique », RDC, 1^{er} mars 2016, n°01, p. 135

LELOUP (J-M.) :

- « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise », JCP G n°23, 7 juin 1989, doct. 3395.

LEVENEUR (L.) :

- « Application du droit du travail à un franchisé sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination », JCPE E n°25, 20 juin 2002, 953.
- « L'indépendance est un élément essentiel du contrat de franchise », CCC n°2, fév. 2004, comm. 19
- « Le franchisé non soumis à l'autorité d'un employeur et dont les conditions de travail ne sont pas déterminées par le franchiseur n'est pas salarié », CCC n° 7, juill. 2007, comm. 170.
- « Contrat de franchise : les conditions habituelles de validité d'une clause de non-concurrence se doublent de conditions liées à la réglementation des ententes », JCP E, n°37, 14 sept. 2000, p. 1429.
- « Une limitation dans l'espace est nécessaire », CCC n°7, juill. 2012, comm. 169.

LEVY (M.) et JOUYET (J-P.) :

- « L'économie de l'immatériel : la croissance demain », Rapport, déc. 2006.

LICARI (F-X.) :

- « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », RLDA, n°13, 1^{er} fév. 2007.

LIENHARD (A.) :

- « Fusion : pas de transmission automatique des contrats de franchise », D. 2008, p. 1623.

LIKILLIMBA (G-A) :

- « La liquidation judiciaire du franchisé conduit-elle systématiquement à la condamnation du franchiseur au comblement de passif ? » LPA, 20 fév. 1998, n°22, p.21.

LOIR (R.) :

- « L'information du franchisé sur le futur », D. 2012, p.1425.

LOISEAU (G.) :

- « La clause de confidentialité n'est efficace que si elle est précise », CCC, déc. 2015, comm. n°3.

LORAN (A.) et CHRISTOPHE (H.) :

- « Le savoir-faire : le parent pauvre des incorporels ? », Dr. fisc. n°40, 6 oct. 2016, p. 524.

LOUBET (E.) et RAPONE (E.) :

- « Fusion de société : apports partiels d'actif », JCl., Sociétés, Traités., fasc. 164-10, n°1 à 8.

LUCAS-PUGET (A-N.) :

- « La clause de non-réaffiliation », CCC n°10, oct. 2013, form.11.
- « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA n°226-227, p. 50, 14 nov. 2016.

LUCAS (A.) :

- « Synthèse - Objet du droit d'auteur », JCl. Propriété Littéraire et Artistique, n°8

LUCAS (F-X.) :

- « Cession de contrats de franchise à l'occasion d'un plan de cession ». LEDEN, 2 mai 2014, n°04, p.4.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.) :

- « Analyse économique du droit », Dalloz, 2008, n°995 s. p. 270 s.

MACREZ (F.) :

- « Activité inventive », JCl. Brevets, Fasc. 4250

MAINGUY (D.) :

- « Premières vues sur le droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale », JCP E n°48, 26 nov. 2015, 1579.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J-L.) :

- « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin », CCC n°3, mars 2003, chron. 4.

MALAUURIE-VIGNAL (M.) :

- « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », D.1997 p.207.
- « La preuve du préjudice est-elle nécessaire dans l'action en concurrence déloyale ? », CCC n°5, mai 2000, 81.
- « L'ouverture dans une grande surface d'un espace de vente de produits parapharmaceutiques est-elle constitutive d'un acte de parasitisme ? », CCC n°3, mars 2001, p. 43.
- « Conditions de licéité d'une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de collaboration », CCC n°10, oct. 2002, p. 140.

- « Risque de confusion et produit qualité de banal », Propr. industr. n°7-8, juill. 2003, comm. 65.
- « La concurrence déloyale par désorganisation de l'entreprise suppose la preuve de manœuvre destinée à détourner la clientèle du concurrence », CCC n°5, mai 2005, comm. 88.
- « Distinction entre contrat de franchisage et contrat de partenariat commercial avec transmission de savoir-faire ». CCC n°1, janv. 2007, comm. 9.
- « Faute motivant la rupture du contrat de franchise », CCC n°8-9, août 2007, comm. 204.
- « Le savoir-faire, contrepartie du droit d'entrée », CCC n°12, déc. 2007, comm. 299.
- « Le régime de la clause de non-réaffiliation est calqué sur celui de la clause de non-concurrence », CCC n°3, mars 2008, comm. 71.
- « Appréciation du caractère proportionné d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise », CCC n°3, mars 2008, comm. 75.
- « Etendue de l'obligation de restitution du franchisé à la cessation du contrat », CCC n°4, avril 2008, comm. 99.
- « Contrat de franchise et validité d'une clause de non-concurrence », CCC n°8, Aout 2009, comm. 221.
- « Concurrence déloyale et débauchage de personnel », CCC n°1, janv. 2010, comm. 10
- « La validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle dans un contrat de franchise », CCC n°2, fév. 2010, comm. 43.
- « L'intuitus personae est de l'essence du contrat de franchise », CCC n°2, fév. 2010, comm. 42.
- « Franchise : clause de non-concurrence déséquilibrée », CCC n°4, avril 2010, comm. 97.
- « Franchise : clause de non-réaffiliation disproportionnée », CCC n°8, aout 2010, comm. 209.

- « Etude du règlement n°330/2010 du 20 Avril 2010 concernant l'application de l'Article 101, paragraphe 3, à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées », CCC n°8, août 2010, étude 9.
- « Une clause de non-concurrence n'est pas une clause de non-réaffiliation », CCC n°12, déc. 2010, comm. 271.
- « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause », CCC n°12, déc. 2010, comm. 270.
- « Réflexions autour de l'avis n°10-A-26 du 7 Décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire », JCP E n°11, 17 mars 2011, 1217.
- « Contrat de franchise : compétence du conseil des prud'hommes pour la requalification », CCC n°7, juill. 2011, comm. 162.
- « Pour être sanctionné au titre de la concurrence déloyale, doit être prouvé un comportement déloyal destiné à fausser le libre jeu de la concurrence ». CCC n°8-9, août 2011, comm. 189.
- « Faute d'un véritable savoir-faire, un contrat de franchise peut être annulé ». CCC n°8, août 2011, comm. 192.
- « Franchise : défaut de transmission du savoir-faire et requalification du contrat », CCC n°1, janv. 2012, comm. 19.
- « L'intuitu personae est de l'essence du contrat de franchise », CCC n°2, févr. 2012, comm. 42.
- « Clause de non-réaffiliation », JCP E n°12, 22 mars 2012, 1205.
- « Violation de la clause de confidentialité et rupture du contrat de franchise » CCC n°3, mars 2012, comm. 68.
- « Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation » JCP E n°25, 21 juin 2012, 1402.
- « Contrat de franchise : le caractère « banal » des informations dispensées ne saurait en soi dénier la valeur du savoir-faire transmis », CCC n°6, juin 2012, comm. 152.

- « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », D. 2012, p. 1415.
- « Distribution alimentaire : nullité d'une clause de non-réaffiliation », CCC n°3, mars 2013, comm. 53.
- « La clause de non-réaffiliation », CCC n°5, Mai 2013, comm. 113.
- « Le détournement de fichier-clientèle par le cédant constitue un acte de concurrence déloyale », CCC n°6, juin 2013, comm. 130.
- « Parasitisme : exigence de singularité ou de spécificité du savoir-faire », CCC n°12, déc. 2013, comm. 264.
- « Concurrence déloyale et parasitaire », CCC n°4, avr. 2014, comm. 90.
- « Nullité d'une clause de non-réaffiliation », CCC n°12, déc. 2014, comm. 269.
- « Nullité du contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité », CCC n°4, avril 2015, comm. 88.
- « Les apports de la loi Macron en droit de la distribution », CCC n°11, nov. 2015, comm. 256.
- « Des relations entre contrat de franchise et droit sur la marque », CCC n°12, déc. 2015, comm. 278.
- « Le dé-tricotage de la loi Doubin », CCC n°3, Mars 2016, comm. 65.
- « Un dénigrement par twitter, réseau social et courriel », CCC n°4, avr. 2016. comm. 91.
- « Comportement parasitaire », CCC n°5, mai 2016, comm. 14.
- « La Cour de cassation exige que la preuve de l'investissement soit rapportée pour caractériser un parasitisme économique », CCC n°10, oct. 2016. comm. 209.
- « Le détournement de salariés peut être parasitaire », CCC n°11, nov. 2016. comm. 232.
- « L'annulation du contrat de franchise n'est pas aisée ! », CCC, n°8-9, Aout 2017, comm. 172.

- « La Cour de cassation se prononce sur le caractère justifié d'une clause d'approvisionnement exclusif stipulée dans un contrat de franchise sans tenir compte de la durée de la clause », CCC n°3, mars 2018, comm. 45.
- « Les obligations du franchiseur à l'épreuve d'un non-renouvellement de contrat », CCC n°12, déc. 2018, comm. 200.
- « La protection des savoir-faire et motifs traditionnels – Pour la défense d'une mode éthique », CCC n°2, févr. 2019, étude 4.
- « Autonomie de l'action en concurrence déloyale », CCC n°6, juin 2019, dossier 4.
- « L'erreur sur la rentabilité à nouveau devant la Cour de cassation », CCC n°10, oct. 2020. comm. 138.

MALINVAUD (P.) :

- « Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet Chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », D. 2008, p. 2551.

MARCINKOWSKI (M.) :

- « De certaines problématiques liées à la franchise internationale », AJ Contrat 2015, p.252.
- « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », AJCA 2016, p.16.

MARIN (P.) :

- « L'importance de la transmission du savoir-faire du franchiseur au franchisé », Portail des PME.

MARLENE (B.) :

- « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », LPA, 2010, n°189

MAROT (Y.) :

- « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », LPA, 3 août 1994 n°92.
- « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 7 janv. 1998 n°3, p.14.
- « Franchise et droit français de la concurrence (à propos de la décision du Conseil de la Concurrence du 18 Juin 1997). LPA, 27 nov. 1998 n°142, p.20.
- « La collaboration entre franchiseur et franchisé », LPA, 31 août 2000, n°174, p.4.
- « Franchise et procédure collective : une vision globale », D. 2001, p. 1017.
- « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », LPA, 4 fév. 2003, n°25, p.3.

MARTIN (D.) :

- « Le secret d'affaires, notion en devenir », LPA, 31 juill. 2015, n°152, p. 4.
- « Franchise : titularité de la clientèle locale et opposabilité de la clause de non-concurrence post-contractuelle », LEDICO, mars 2018, p. 2.

MATHEY (N.) :

- « Le respect du contrat de franchise », CCC n°6, juin 2009, comm. 164.
- « Savoir-faire et annulation du contrat de concession pour dol », CCC n°8, août 2010, comm. 176.
- « Annulation d'un contrat de franchise », CCC n°11, nov. 2010, comm. 250.

MAZEAUD (D.) :

- « Un petit plomb en moins dans le solidarisme contractuel ... », D. 2003, p. 93.
- « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », LPA, 7 mai 2004, n°92, p. 47.
- « L'arrêt Canal *moins* ? » D. 2010, p. 2481
- « Rapport de synthèse », RLDA Juillet-Aout 2012, supplément au n°73, p.56.
- « A propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile ... », D. 2014. p. 1915
- « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », Dr. et patr. oct. 2014, p. 38.

MEKKI (M.) :

- « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. pal. 2015, n°120, p. 37, spéc. n°9.
- « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D. 2016, p.494
- « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle, article 1170 du C. civ », JCP N n°46, 18 nov. 2016, act. 1227.
- « Réforme du droit des contrats : la caducité », JCP N n°2, 13 janv. 2017, act. 126.

MENDOZA-CAMINADE (A.) :

- « Contentieux autour de marques de vins de Champagne », JCP E n°6, 6 févr. 2020, p. 1055

MERESSE (S.) :

- « L'étude de marché est la quintessence du savoir-faire du franchiseur », RJ com. 1997, n°9- 10, p.260.
- « Le document d'information précontractuel », RLDA juill.-aout 2012,
- « Regards sur la franchise », LPA, 9 oct. 2018, n°139j5, p.3.
- « Une décisive conquête de la cession de contrat », RTD Civ. 1992, p. 762
- « D'un effet suspensif par anticipation de l'exception d'inexécution », RTD. Civ. 1993, p. 819.
- « Une nouvelle limite, singulièrement formulée, au principe de la transmission des contrats en cas d'apports partiels d'actifs ou de fusion », RTD civ. 2003, p. 295.
- « Le juge face à la stipulation d'intuitu personae dans une relation contractuelle », RTD civ. 2006, p. 316.

MESTRE (J.) et FAGES (B.) :

- « Préavis, investissements et refus d'agrément ... ou la longue marche des concessionnaires », RTD civ 2002, p. 810

- « L'exception d'inexécution au sein d'un ensemble contractuel ». RJDA 2005, n°1315, p. 1146.

MIGNOT (M.) :

- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI) », LPA, 4 avr. 2016, n°67, p.5.

MIHMAN (A.) et LUCAS DE LEYSSAC (M-P.) :

- « Vol », Rép. pén, n°15 et s.

MILCHIOR (R.) :

- « Directive sur les secrets d'affaires : création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle », AJ contrat 2016, p.391

MOUSSERON (J-M) :

- « Aspects juridiques du know how », Cah. dr. entr. n°1, 1972, p. 1, spéc. p.2.
- « Secrets et contrats – de la fin de l'un à la fin de l'autre », in Mélanges Jean Foyer, 1997, PUF, p. 257.
- « Secret et contrat. De la fin de l'un à la fin de l'autre, Ecrits en hommage à Jean Foyer », 1997, p. 257 et s.

NEAU-LEDUC (P.) :

- « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », Cah.dr.entr. 1998, n°2, p.27.

O'RORKE (W.) :

- « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », IP/IT 2017, p. 313

OBAJTEK (T.) et PASCOËT (C.) :

- « La délicate appréhension du contrat cadre par le droit des procédures collectives », AJ contrat 2017, p. 114.

LOUDIN (M.) :

- « La transmission des contrats de distribution », RTD Com. 2011, p. 447.

PAMIER (J-P.) :

- « Savoir-faire en franchise : les critères de la Cour de cassation », Franchise Magazine, En direct de la rédaction, 15 Juin 2012.

PASSA (J.) et LAPOUSTERIE (J.) :

- « Domaine de l'action en concurrence déloyale », JCl. Concurrence – Consommation, Fasc. 240, n°17.

PELLIER (J-D.) :

- « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée ! », Dalloz actualité 30 avr. 2018.

PETEL (P.) :

- « Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté », LPA, 18 mai 1992, p. 24.

PETIT (M.) :

- « Nullité des revendications pour défaut de nouveauté ou défaut d'activité inventive », LEPI, 15 oct. 2013, n°9, p. 5.

PETITJEAN (J-L.) :

- « Le rôle du contrôle dans la franchise », RF compt. 1997/286, p. 79.

PFEIFER (M.) :

- « La protection des secrets techniques », LPA 14 nov. 2016, n°119v3, p. 55

PICHON-DRIANCOURT (M.) :

- « Le savoir-faire, élément central du contrat de franchise : conditions du test, résultats du test et caractéristiques du savoir-faire », toute-la-franchise.com, 9 Juin 2011.

PICOD (Y.) :

- « Preuve de la tierce complicité de la violation de la clause de non-concurrence », D. 2003, p. 1029.
- « Absence de présomption de responsabilité résultant d'un déplacement de clientèle », D. 2004, p. 1157.
- « Situation de concurrence et concurrence déloyale : le retour du printemps », D. 2008, p. 2573.
- « Concurrence déloyale et responsabilité civile », AJ contrat 2014, p.152.

PICOD (Y.) AUGUET (Y.) et DORANDEU (N.) :

- « Concurrence déloyale », REP. COM, oct. 2010, n° 1 et s.

PIERRE (P.) :

- « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », RDC 2010, p. 1117.

PIHERY (R.) :

- « L'appréhension des accords de réseau par le droit social : pour une reconnaissance des spécificités de la franchise », AJCA 2016, p. 11.
- « La transmission du réseau de franchise, l'obstacle de l'intuitu personae », AJ contrat 2016, p. 428.
- « La loi relative à la protection du secret des affaires : quels impacts en matière de franchise ? », AJ contrat 2018, p. 414.
- « L'exception pour risque d'inexécution », RTD civ. 2003, p. 31.
- « Reprise parasitaire d'informations publiées en ligne : avènement de la jurisprudence Shaddock ? », CCE n°2, fév.2013, comm. 16.
- « La délicate application de la théorie du parasitisme en matière de reprise d'information », Gaz. pal. 8 juin 2014.

PLANKENSTEINER (M.) :

- « Les relations commerciales après la Loi du 6 Aout 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ». LPA, 4 nov. 2015 n°220, p.4.

POILLOT-PERUZZETTO (S.) :

- « La Cour de Cassation valide une obligation de non-concurrence d'un contrat de franchise », CCC n°6, juin 2000, comm. 99.
- « Accord de franchise. Clause d'approvisionnement exclusif », RTD Com. 2000, p. 257.
- « Programme d'ordinateur. Originalité. Preuve. Eléments d'appréciation », RTD Com. 2013, p. 708.

POLLAUD-DULIAN (F.) :

- « Contrefaçon. Caractéristiques originales. Risque de confusion. Distinction avec la concurrence déloyale », RTD Com. 2015, p. 529

PONSARD (M.) :

- « Le savoir-faire transmis au franchisé doit être éprouvé », AJCA 2014 p.190.
- « Caractère essentiel du soutien du franchisé par le franchiseur », AJCA 2016, p.96.

POURCEL (E.) :

- « Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics », J.-Cl Contrats et Marchés Publics, Fasc. 17, n°5.

RAYNARD (J.) :

- « Le contenu et la particularité de la protection », Propr. industr. n°9, sept. 2018, doss. 10.

REBEYROL (V.) :

- « Précisions sur la réparation du préjudice causé par des faits de concurrence déloyale », JCP G n°26, 29 juin 2020, p. 792.

REIGNE (P.) :

- « De l'absence de cause à la cause impossible », D. 1997 p. 500.

REGNAULT (S.) :

- « Obligation de déposer les signes distinctifs d'appartenance au réseau en cas de rupture du contrat », AJCA 2014 p.244.
- « L'étude prévisionnelle fantaisiste par le franchiseur vicie le consentement du franchisé », AJCA 2015 p.286.
- « Assistance du franchiseur, obligation de moyens – transmission du savoir-faire, obligation de faible intensité », AJ contrat 2018, p. 92.
- « L'exigence loyauté dans la franchise », AJ contrat 2019, p. 92

RESPAUD (J-L.), CADORET (V.) ET MAINGUY (D.) :

- « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence (2003-2005), LPA, 8 mars 2006, n°48, p.3.

REJET (T.) :

- « Les critères du contrat d'adhésion », D. 2016, p. 1771.

REYGROBELLET (A.) :

- « L'exception d'inexécution préventive », Bull. Joly, n°09, p. 544.

RIAS (N.) :

- « L'amande civile, une fausse bonne idée ? », D. 2016, p. 2072.

RIERA (A.) :

- « Contrat de franchise et droit de la concurrence », Fondation Varenne, 2014.
- « Conditions de validité de la clause restrictive de concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise », AJCA 2015 p.92.
- « Avis de tempête sur les réseaux de distribution », AJCA 2015 p.100.
- « Vers un nouveau contrat d'affiliation ? », AJCA 2015 p.411.
- « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJCA 2016, p.20.
- « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats ? », AJ contrat 2017, p. 155.

ROCHFELD (J.) :

- « Cause », Rép. Civ. Dalloz, sept. 2012, n°14 et s.

RODA (J-C.) :

- « Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ? », D. 2018, p. 1318.

RONTCHEVSKY (N.) :

- « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », AJ contrat 2016, p. 112.

ROUAST (A.) :

- « Les droits discrétionnaires et les droits de contrôle », RTD Civ., 1944, p. 1.

ROUBIER (P.) :

- « Le droit de la propriété industrielle », t. 2 : Sirey, 1952, p. 368.
- « Théorie générale de la concurrence déloyale », RTD com. 1948, p. 544
- « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », RTD civ 1957, p. 16.
- « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire », Propr. industr. 1956, 19 et s

SAINTOURENS (B.) :

- « Vente d'un fonds de commerce franchisé, objet d'un pacte de préférence », RTD Com. 2011, p. 723

SASSOLAS (D.) :

- « Rupture du contrat de distribution et enrichissement sans cause », JCP E n°5, 31 janv. 2013, 1068.
- « La durée des clauses de confidentialité » RTD Com. 2015 p. 625.

SAUTIER (L.) :

- « La pratique des contrats de transmission de savoir-faire », AJCA 2015, p.350.

SCHILLER (S.) :

- « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », JCP E 2015, p. 1399.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) :

- « Divulgence de secret de fabrication et vol », Propr. industr. n°2, fév. 2003, comm. 15
- « Le secret du bon savoir-faire », Propr. industr. n°3, mars 2004, comm. 27.
- « Où commence le parasitisme ? », Propr. industr. n°2, fév. 2006, comm. 20.
- « La révélation d'un secret industriel peut être un délit pénal », Propr. industr. n°2, fév. 2007, comm. 15.
- « Savoir-faire », REP.COM, Dalloz.
- « Nouveauté », J.-Cl Brevets, Fasc. 4260.

SERRA (Y.) :

- « Le droit français de la concurrence », coll. Connaissance du droit, 1993, Dalloz, p. 11.
- « Les juges du fond doivent rechercher si la clause de non-concurrence, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'est pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat », D. 1995, p. 205
- « Le fondement de l'action en concurrence déloyale étant la responsabilité civile, il doit y avoir preuve d'une faute personnelle impliquant un préjudice ». D. 1995, p. 261.
- « Droit du marché et commun des obligations, les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », RTD Com., 1998, p. 7.
- « Condition de licéité d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat de franchisage ». D. 1998, p.223.
- « La notion de parties à l'action en concurrence déloyale », D. 2001. p. 2587.
- « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme – Centre de droit de la concurrence », D. 2012, p. 2760
- « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », D. 2015, p. 2526.

SERGENT (F.) :

- « L'obligation d'assistance du franchiseur », LPA, 2 nov. 2009, n°218 p5.

SEUBE (J-B.) :

- « Contrat : caducité du contrat », J.-Cl Notarial Répertoire, Fasc. 121-1, n°1 à 3.

SIMLER (Ph.) :

- « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », CCC n°5, mai 2016, dossier 8.

SIMON (F-L.) :

- « Le contrat de franchise : un an d'actualité », LPA, 2006, n°224, numéro spécial.
- « L'extinction du contrat de franchise », LPA, 15 nov. 2007, n°229, p.45.
- « Un an d'actualité juridique en droit de la franchise », LPA, 4 déc. 2008, p. 26
- « La circulation du contrat de franchise », LPA, 4 déc. 2008, n°243, p.49.
- « Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi », LPA, 22 juil. 2009, n°145, p.8.
- « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.
- « L'exécution du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.44
- « Franchise et procédures collectives », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.97.
- « L'indentification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.13.
- « La formation du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n°227, p.23.
- « Italie », LPA, 15 mars 2011, n°PA201105212, p. 39
- « Requalification d'un contrat de licence de marque en contrat de franchise », AJ contrat 2016, p. 441. 146.
- « Le franchiseur n'est pas « débiteur légal » d'une obligation de fourniture d'une étude de marché », LEDICO, 1^{er} janv. 2017, n°1, p.6.
- « L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise », LPA 11 juill. 2017, n°128c4, p.3
- « Savoir-faire et unité pilote », LEDICO sept. 2017, n°110q6, p.6

- « Contrat de franchise et rentabilité du réseau », LEDICO févr. 2019, n°111w8, p.2
- « Nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle illimitée dans l'espace », LEDICO févr. 2019, n°111w9, p.3
- SIMON (F-L.) : « Etude de marché et comptes prévisionnels », LEDICO oct. 2020, n°113h2 p.3.

STORCK (M.) :

- « Contrat – Inexécution du contrat – Exception d'inexécution », J.-Cl Civil Code, Art. 1219 et 1220, n°15.

SIMONESCHI (F.) :

- « Comment codifier son savoir-faire dans un manuel opératoire ? », La Référence Franchise, <http://www.la-reference-franchise.fr/P-331-63-A1-comment-codifier-son-savoir-faire-dans.html>.

TADDUNI (J.) :

- « Le savoir-faire, point névralgique du contrat de franchise », l'Officiel de la franchise.fr, 19 Mars 2015.

TADROS (A.) :

- « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », D. 2018, p. 1162.

TELLER (M.) :

- « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », Environnement – juill. 2012, n°7.

THULLIER (B.) :

- « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoir pour le juge », D. 2006, p. 130.

THOMASSIN (N.) :

- « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », D. 2012, p. 964.

TIQUANT (O.) :

- « Rétablir l'autorité de la loi...Doubin », D. 2002 p.2597.
- « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », RLDA Juillet-Aout 2012, supplément au n°73, p.44.

TILLOY(C.) :

- « Concurrence déloyale – Action en concurrence déloyale », J.-Cl Procédures Formulaire – V° Concurrence déloyale, Fasc. 10, n°1 et s

TITONE (T.), :

- « L'introduction d'un droit des réseaux de distribution commerciale par la loi Macron », RLC n°46, janv. 2016, p.24.

TREFIGNY (P.) :

- « L'usage de la marque, sa qualification et sa portée », Propr. intel. n°11, nov. 2014, comm. 75.

TREPPOZ (E.) :

- « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – Le secret d'affaire dans l'antichambre de la protection intellectuelle », RTD Eur. 2017, p. 868.

VERON (M.) :

- « Abus de confiance - Origine de la remise : pas que les contrats, pas tous les contrats », Dr. pénal n°12, déc. 2007, comm. 157.

VIENNOIS (J-P.) :

- « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause et réticences dolosives », JCP G n°30, 23 juill. 2003, II 10127.

- « Commercialisation de produits identiques à ceux de son concurrent », Propr. industr. n°7-8, Juillet 2004, comm. 67
- « Reprise d'un produit marketing et concurrence déloyale », Propr. industr. n°9, sept. 2004, comm. 76.

VIGAND (P.) :

- « Brevetabilité d'un sous-domaine – Où s'arrête la nouveauté ? Sélection d'un sous-domaine dans un domaine large de paramètres », Propr. industr., n°12, déc. 2010, comm.

VILMART (C.) :

- « Conséquences de la cession d'un franchiseur sur les contrats de parfumeurs franchisés », JCP E n°32, 5 août 2004, doct. 1191.

VINEY (G.) :

- « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », D. 2016, p. 1378.

VIRASSAMY (G.) :

- « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD. Com., 1988, p. 179.
- « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1er) », JCP E n°25, 21 juin 1990, 15809
- « Franchise et limites de l'effet relatif des contrats », JCP E n°39, 26 sept. 1996, 854.

VOGEL (L.) :

- « Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux et inadapté », AJCA 2015 p.512.

VOGEL (L.) et VOGEL (J.) :

- « Première application de l'article L.341-2 du Code de commerce issu de la loi Macron », LEDICO, 1er janv. 2019, n°1, p.2

WARUSFEL (B.) :

- « Brevet et secret des affaires », Propr. Ind. n°3, Mars 2019, dossier 3.

WATRIN (L.) :

- « L'exception d'inexécution anticipée : une menace contre l'efficacité des procédures amiables ? », Rec. proc. coll. n°4, juill. 2018, étude 17

WESTER-OUISSE (V.) :

- « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », JCP G n°4, 24 janvier 2001, doct. 290.

WOLF (E.) :

- « La législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux », RID comp., Vol. n°2, n°3, Juillet-Septembre 1950, p. 440 et s.

ZAKHAROVA-RENAUD (O.) :

- « Rupture fautive des pourparlers portant sur la conclusion d'un nouveau contrat et préjudice réparable ». LEDICO, oct. 2017, n°9, p.6.
- « L'établissement d'un compte d'exploitation prévisionnel erroné peut justifier la résiliation du contrat aux torts du franchiseur », LEDICO, 1^{er} juin 2017, n°6, p.7.
- « De la liberté commerciale du franchiseur de céder et de transformer son réseau », LEDICO, 1^{er} févr. 2018, n°2, p.2
- « Pour la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, un franchisé n'est pas un partenaire ... », LEDICO sept. 2018, n°111n2, p. 4
- « Intuitu personae du contrat de franchise à l'épreuve des procédures collectives », LEDICO mars 2020, n°112x0, p.2.
- « Contrat de franchise : le retour de la nullité pour erreur sur la rentabilité du concept », LEDOC sept. 2020, n°113e6, p. 2.

4. JURISPRUDENCES

- Civ. 25 mai 1870, GAJC, 11^e éd., n°147.

- Cass. req., 1^{er} déc.1887 : S. 1899, 1, p. 174 ; DP 1898, 1, p. 289, note Planiol.
- Cass. Civ., 2 juil. 1900, D. 1901, p. 294.
- Crim. 30 déc. 1931, Gaz. pal. 1932. 1. 333.
- Crim., 29 mars 1935, Gaz. pal. 1935, 1, p. 928
- Cass. Crim., 23 juill. 1956, Bull. Crim. 1956, n°566.
- Cass. Com., 18 avril 1958, D. 1959, p. 87 note F. Derrida
- Crim. 19 févr. 1959, D. 1959, p. 311 note Roujou de Boubée.
- Cass. 2^e civ., 14 déc. 1956 : Bull. civ. II, n°694, Gaz. Pal. 1957, 1, p.233.
- Cass. com., 6 nov. 1961, D. 1962, p. 186.
- Cass. 1^{re} civ., 19 juill. 1965, Bull. civ. I, n°489
- Cass. Com., 23 mars 1965, Bull. civ. III, n° 228
- Cass. Com., 13 juill. 1966, JCP CI 1967, II, 81684, note P. Durand.
- Cass. Com., 29 mai 1967, Bull. Civ. III, n° 209.
- Cass, 1^{ère} Civ., 19 févr. 1968, Bull. civ. I, n°69.
- Civ. 1^{re}, 20 janv. 1969 : Bull. civ. I, n°61, Gaz. Pal. 1969, n°1, p.217.
- Cass. Com., 27 janv. 1970, n°67-13764, JCP 1979, II 16554, note A. Huet.
- Cass. Com., 27 avr. 1971. D. 1972, p. 353.
- Crim. 20 juin 1973, Ann. propr. ind. 1974. 85.
- Cass. Com., 26 nov. 1973 : Bull. civ. V, n°340
- Crim. 12 juin 1974, ann. propr. ind. 1971. 97 ; PIBD 1974, III, p. 399.
- Crim. 7 nov. 1974, Bull. crim. N°323.
- Cass. Com., 19 mai 1976, JCP 1976. II. 18507
- Cass. Com., 11 oct. 1978 n°77-10.155, 77-11.624, 77-11.485, D. 1979, p. 135.
- Cass. Soc., 19 déc. 1978, Bull. civ. V, n°889.

- Civ. 3^e, 6 févr. 1979, Bull. civ. III, n°34.
- Cass. Com., 2 avr. 1979, RTD Civ, 1979, p. 812, obs. G. CORNU.
- Cass. Com., 11 mars 1981, n°79-12.352, D. 1982, p. 108.
- Cass. Com., 1^{re} déc. 1981, Bull. IV, p. 337
- Crim. 15 avr. 1982, PIBD 1982, III, p. 207.
- Cass. Com., 26 mai 1983, n° 81-14.433.
- Cass. Com., 22 mai 1984, n° 82-13.482, Bull. civ. IV, n° 172
- Cass. Com., 6 juin 1984, n°82-12.453, D. 1985, p. 156.
- Cass. com., 22 oct. 1985, n°83-15.096
- Cass., Ass. Plén., 7 mars 1986 : GAPI, 1^{re} éd., no 9; D. 1986, p. 405 ; RTD com. 1986, p. 399.
- Cass. Com., 24 fév. 1987, n° 85-14.699, Bull. civ. IV, n° 52
- Cass. Com., 10 mars 1987, D. 1988, p. 211, obs. Y. Serra.
- Cass. Com., 9 nov. 1987, D. 1988, p. 213, obs. Y. Serra.
- Cass. Com. 12 janv. 1988, Bull. civ. 1988, IV, n°31.
- Cass. Soc. 3 févr. 1988. Bull. Civ. V. n°84.
- Civ. 1^{ère}., 12 juill. 1989, Bull. civ. I, n°293 ; GAJC, 11^e éd. n°155.
- Cass. Com., 9 oct. 1990, pourvoi n°89-13.384, JurisData n°1990-002525.
- Crim. 24 oct. 1990, Bull. crim. n°335.
- Cass. 3^{ème} civ, 21 nov. 1990, Bull. civ. III, n°238
- Cass. Com., 19 fév. 1991, JurisData n°1991-000714, D. 1992 p. 391.
- Cass. Com., 7 janv. 1992, n°90-14.831, Bull. civ. IV, n°3.
- Cass. Com., 7 avr. 1992, RTD Com. 1993, p. 159.
- Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, RIDA oct. 1992, p. 156 ; D. 1993. p.184.

- Cass. Com., 30 juin 1992, D. 1992, p. 391
- Civ. 1^{re}, 5 avril 1993, n°91-14.510.
- Cass. Com. 9 nov. 1993, Bull. Civ. IV n°390, JCP G 1994, n°22304, note G. Virassamy.
- Cass, Civ, 3^{ème}., 15 déc. 1993, n°91-10199.
- Cass. Com., 22 févr. 1994, RJDA 1994, n°509, p. 401.
- Cass. Com., 10 Mai 1994, n°92-15.836 et n°92-11.728.
- Cass.Com., 24 Mai 1994, pourvoi n°92-15.846, JurisData n°1994-001724.
- Cass. Com., 16 juin 1994, n°92-17.668.
- Cass. Com., 16 sept. 1994, n°13-18.710.
- Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21009 et n°92-16267 (2 arrêts).
- Cass. Com., 10 janv. 1995, Gaz. Pal. 1995, p. 502.
- Cass. com., 12 déc. 1995, n° 94-14.003.
- Cass. Com., 21 févr. 1995, n°93-13.302, JCP E 1995 n°461.
- Cass. Com., 7 mars 1995, pourvoi n°93-10.368.
- Cass. Com., 21 mars 1995, n°93-17.040, RJDA 1995, n°1193.
- Cass. Com., 3 mai 1995, n°93-12.981. JCP E 1995, p.748 note L. LEVENEUR.
- Cass. Com., 24 mai 1995, pourvoi n°92-15.846.
- Cass. Com., 14 nov. 1995, D. 1997, p.59.
- Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n°91-19.653, RTD Com, 1996, p.316, obs. B. Bouloc.
- Cass. Com., 27 février 1996, n° 94-16.885, D. 1997. p. 104.
- Cass. Com. 26 Mars 1996, pourvoi n°94-14.853, JurisData n°1996-001397.
- Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996, n°94-15.614, D.1997, p.57 obs. D. Ferrier.
- Civ, 1^{ère}, 3 juill. 1996, n°94-14800.

- Cass. Soc., 13 nov. 1996, JCP E 1997. II. 911, note J. Barthélémy.
- Cass. Com., 6 mai 1997, n°94-16.335 et n°95-10.252, Bull. civ. IV, n°117 et n°118.
- Cass. Com., 27 janv. 1998, n°95-13.600.
- Cass. Com., 10 févr. 1998, n°95-21.906.
- Civ. 1^{ère}., 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n°300 ; D. 1999, p.197 note JAMIN.
- Cass. com., 26 janv. 1999, n° 96-22.457, D. 2000. 87, note Y. Serra.
- Cass. Com., 6 avril 1999, n°96-20.606, JurisData n°1999-001597.
- Cass. Com., 6 juill. 1999, RJDA 1999, n°1197.
- Cass. Com., 19 Octobre 1999, pourvoi n°97-19.185 (inédit).
- Cass. Com., 7 mars 2000, n°97-15.396, RTD Civ 2000, p.829, note J. Mestre.
- Com. 3 mai 2000 : GAPI, 1^{re} éd., n° 17 ; D. 2001. AJ 237, obs. Greffe ; PIBD 2000. III. 418.
- Com. 16 mai 2000, n° 98-10.230.
- Com. 30 mai 2000, n° 98-15.549.
- Cass. Civ. 1^{re}., 6 juin 2000, Bull. civ. I, n°173.
- Crim. 14 nov. 2000, n°99-84.552, D. 2001, p. 1423.
- Cass. Com., 16 janv. 2001, n° 98-23.101, LPA 17 juill. 2001, n° 141, p. 25
- Cass. Soc., 18 juill. 2001, n°98-40.307, D. 2002, p. 2007 obs. D. Ferrier.
- Cass. soc., 4 déc. 2001, n°99-44.452, n°99-43.440 et n°99-41.265
- Cass. Com., 8 janv. 2002, n°98-13.142, JurisData n°2002-012506.
- Cass. Com., 25 janv. 2002, n°97-21.210.
- Civ. 3^e, 27 mars 2002, JCP (G) 2002, III, 10112, note F. AUQUE.
- Cass. Com., 29 oct. 2002, n°01-03.987, RTD civ. 2003, p. 295.
- Cass. Com., 14 janv. 2003, pourvoi n°01-11.010.

- Crim. 21 janv. 2003, n°02-83.469.
- Civ. 3^e, 29 janv. 2003, n°01-03.707, Bull. civ. III, n°24.
- Civ. 1^{ère}., 20 mai 2003, n°00-19.751
- Cass. Com., 27 mai 2003, n°00-13. 605.
- Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2003, n°01-17.650.
- Cass. Com., 1^{ère} juill. 2003, n°01-12.699, D.2005 p.154.
- Cass. Com., 1^{ère} juill. 2003, n°02-11.384, D.2004, p.1153.
- Cass. Com., 3 déc. 2003, n°02-12.910 ; CCC 2004, comm. 23.
- Cass. Com., 28 avr. 2004, pourvoi n°00-22.354.
- Cass. Com., 7 janv. 2004, n°02-17.091, D. 2005, p. 154
- Cass. Com., 7 juil. 2004, n°02-19.289, JurisData n°2004-024780, D. 2005 p.154.
- Cass. Soc., 8 févr. 2005, RJDA 2005, n°453, JCP E 2005, p. 630, obs. D. MAINGUY.
- Civ. 3^{ème}, 31 mai 2005, n°03-20.096, Bull. Civ. III, n°81 ; D. 2006. p. 2082, note C. Boulogne-Yang-Ting.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juill. 2005, Juris-Data n°034537.
- Cass. Com., 12 juill. 2005, n°03-12.507, RTD civ, 2006, p.306, obs, J.MESTRE et B.FAGES.
- Cass. Com., 13 déc. 2005, RTD Civ. 2006, p. 310.
- Cass. Com., 17 janv. 2006, n°03-12.382, CCC n°4, avril 2006, comm. 67.
- Ch. Mixte 26 mai 2006, n°03-19.379 ; Bull. n°4.
- Crim. 19 sept. 2006, RTD com. 2007. 529, obs. J-C. Galloux.
- Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-45-511.
- Cass. soc., 22 mars 2007, n°05-45.434.

- Cass. Com., 27 mars 2007, n°06-10.452.
- Cass. Com., 15 mai 2007, Bul. Civ. IV, n°129, D. 2007, p. 1498, obs. CHEVRIER (E.)
- 1^{ère} Civ., 31 mai 2007, D. 2008, p. 506.
- Cass. Com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, CCC 2007, comm. n°298, obs. M. Malaurie-Vignal.
- Cass. Com., 18 déc. 2007, n°06-15.970, LPA 13 nov. 2009, p. 94.
- Cass. Com., 3 juin 2008, n°06-13.761.
- Cass. Com., 3 juin 2008, n°06-18.007.
- Cass. Com., 18 nov. 2008, n°07-18.599.
- Civ. 2^{ème}, 8 oct. 2009, n° 08-18.928, D. 2009. AJ 2488 ; JCP 2009. 574, n° 11, obs. Sérinet ; RDC 2010. 39, obs. Génicon ; ibid. 2012. 64, obs. Génicon.
- Cass. Com., 9 juin 2009, n°08-14.301, CCC n°8, aout 2009, comm. 221.
- Cass. Com., 24 nov. 2009, n°08-16.426.
- Cass. Com., 24 nov. 2009, n°08-17.650.
- Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2009, n°08-15.927, CCC 2010, comm. n°176, note N. MATHEY ; D. 2011, p. 551 obs. D. FERRIER.
- Cass. Soc., 15 déc. 2009, n°09-11.124.
- Cass. Soc., 8 juin 2010, n°08-44.965, D. 2011, p. 540 obs. D. Ferrier.
- Cass. Com., 14 sept. 2010, n°09-17.079, Juris-Data n°2011-001558.
- Cass. Com., 28 sept. 2010, D.2010 p.2357.
- Cass. Com., 27 avr. 2011, n°10-16.618.
- Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-10.812 : PIBD 2011, III, p. 455.
- Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-18.299. JurisData n° 2011-018102.
- Cass. Com., 3 oct. 2011, n°10.20-956

- Cass. Com., 4 oct. 2011, n°10-20.956, D. 2011, p.3052 note N. Dissaux
- Cass. com., 29 nov. 2011, n°10-26.280.
- 1^{ère} civ., 12 janv. 2012, n° 10-24.696
- Cass. Soc., 18 janv. 2012, n°10-16.342.
- Cass. Com., 31 janv. 2012, n°11-11.071, RDC, 1^{er} juill. 2012, n°3, p.878.
- Cass. Com., 31 janv. 2012, n°10-27.603.
- Cass. Com., 14 févr. 2012, n°10-30.872.
- Cass. Com., 21 févr. 2012, n°10-27.966.
- Cass. Com., 3 avril 2012, n°11-16.301, D. 2012 p.1119
- Cass. Com., 3 Mai 2012, n°11-14.289.
- Cass. Soc., 16 mai 2012, Bull. Civ. V, n°150
- Cass. Com., 12 juin 2012, n°11-19.047.
- Cass. Com., 11 févr. 2003, n° 00-15.149, Bull. civ. IV, n° 17, D. 2003. p. 692.
- Cass. Com., 28 mai 2013, n°11-27.256.
- Cass. Com., 24 sept. 2013, n°12-22.413.
- Cass. soc., 9 oct. 2013, n°12-24.252 et 12-21.409.
- Cass. Com, 10 déc. 2013, n°12-23.115.
- Cass. Com., 4 févr. 2014, n°12-22.404.
- Cass. Com., 18 mars 2014, n°12-29.453.
- Cass. com., 20 mars 2014, n°12-18-518.
- Civ. 3^e, 9 avr. 2014, n°13-10.945, D. 2014, p.929
- Cass. Com., 20 Mai 2014, pourvoi n°13-17.488, AJ Contrat 2015 p.244.
- Cass. Com., 8 juill. 2014, n° 13-16.714 : PIBD 2014, III, p. 689
- Cass. Com., 16 sept. 2014, AJ Contrat 2014 p.390.

- Cass. Com., 23 sept. 2014, AJ Contrat 2015 p.92. n°13-20.454.
 - Cass. Com., 23 sept. 2014, AJ Contrat 2015 p.92, n°13-22.624.
 - Cass. Com., 21 oct. 2014, AJ Contrat 2015 p.44, n°13-11-186.
 - Cass. Com., 4 nov. 2014, AJ Contrat 2015 p.94, n°13-21.933.
 - Cass. Com., 17 mars 2015, n°13-14.113, AJ Contrat 2015 p. 286.
 - Cass. Com., 17 mars 2015, n°13-24.853.
 - Cass. com., 31 mars 2015, n°14-12.391.
 - Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, n° 14-14.501.
 - Cass. Com., 5 janv. 2016, n°14-15.700.
 - Cass. Com., 5 janv. 2016, n°14-11.624.
 - Cass. Com., 5 janv. 2016, n°14-15.702.
 - Cass. Com., 19 janv. 2016, n°14-16272.
 - Cass. Com., 30 mars 2016, n°14-23.261, AJ Contrat 2016 p. 306.
 - Cass. Com., 3 nov. 2016, n°15-24.886, AJ Contrat 2017, p. 85.
 - Cass. Com., 29 mars 2017, n°15-25.742.
 - Cass. Com., 8 juin 2017, n°15-29093.
 - Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 14-20.310, D. 2017. p. 1359.
 - Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n°15-27.845.
 - Cass. Com., 20 déc. 2017, n°16-20.500.
 - Cass. Com., 13 juin 2018, n°16-27.209.
 - Cass. Com. 12 févr. 2020, n°17-31-614.
- ● ●
- CA. Paris., 12 mai 1910, Gaz. pal. 1910, 1, p. 676.
 - CA. Douai., 16 mars 1967, D. 1967, p. 637.

- CA. Paris., 28 avr. 1978, Cah. dr. entr., n°42 du 16 oct. 1980.
- CA. Paris., 21 oct. 1986, D. 1986. somm. 22, obs. FERRIER (D.).
- CA. Toulouse. 12 mai 1987. Juris-Data n°1987-044567.
- CA. Paris., 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, p. 719.
- CA. Toulouse., 23 sept. 1987, JurisData n°1987-050163.
- CA. Paris, 17 mars 1988, PIBD 1988. III. 467; RTD com. 1989. 230, obs. Chavanne et Azéma.
- CA. Versailles., 23 juin 1988, Gaz. Pal., 1989, I, somm, p.112.
- CA. Toulouse., 19 oct. 1988 : D. 1989. p. 290.
- CA. Versailles, 19 janv. 1989, JurisData n°1989-040185
- CA. Grenoble, 6 mars 1989, JurisData n°1989-042368
- CA. Paris., 10 Mars 1989, JurisData n°1989-020774.
- CA. Bordeaux, 15 nov. 1989, JurisData n°1989-050951.
- CA. Douai., 8 mars 1990, D. 2000 p. 87.
- CA. Colmar., 9 mars 1990, D.1990 p.232. Note J-J Burst.
- CA. Paris., 7 juin 1990, JurisData n°1990-022514, D.1990 p.176.
- CA. Toulouse., 4 juill. 1990, JurisData n°1990-043605 + n°1990-047177.
- CA. Paris, 4 mars 1991, JurisData n°1991-021270, D.1991 p.103.
- CA. Paris., 16 avril 1991, JurisData n°1991-021700, D.1992 p.391.
- CA. Paris., 4 oct. 1991, Juris-Data n°024005.
- CA. Rouen., 14 mars 1992, RJDA août/sept. 1992, p. 671.
- CA. Paris., 11 juin 1992, JurisData n°1992-022125, D.1992 p.391.
- CA. Paris., 18 juin 1992, JurisData n°1992-024381, D. 1995 p.76.
- CA. Paris., 22 sept. 1992, JurisData n° 1992-024381, D. 1995 p.76.

- CA. Paris., 22 sept. 1992, JurisData 1992-022775, D. 1995 p.76.
- CA. Paris., 29 sept. 1992, JurisData n°1992-022774, D. 1995 p.76.
- CA. Paris., 26 nov. 1992, D.1995 p.76.
- CA. Paris., 15 déc. 1992, D. 1993, p. 45.
- CA. Versailles., 13 mai 1993, Rev. proc. coll., 1995, p. 172 et 173.
- CA. Versailles., 27 Mai 1993, JurisData n° 1993-045068, D. 1995 p.76.
- CA. Paris., 27 mai 1993, Juris-Data n°1993-0455068, D. 1995 p.76.
- CA. Paris., 28 juin 1993, JCP E, 1994, n°310.
- CA. Paris., 1er Mars 1994, Juris-Data n°1994-020602.
- CA. Paris., 3 nov. 1994, Juris-Data n°1994-025094.
- CA. Versailles, 8 déc. 1994, D. 1995. p. 261.
- CA. Paris., 21 déc. 1994., Juris-Data n°1994-024283.
- CA. Lyon ., 13 janv. 1995, Juris-Data n°1995-043330.
- CA. Paris., 8 mars 1996, Juris-Data n°1996-020857, D. 1996 p.108.
- CA. Versailles., 28 mars 1996, RJDA juill. 1996 n°97.
- CA. Montpellier., 23 mai 1996, JurisData n°1996-034666.
- CA. Paris., 24 janv. 1997, RJ com. 1999, p. 375.
- CA Versailles, 3 avr. 1997, SA Proteval c/ Cros : Juris-Data n° 1997-041140.
- CA. Toulouse., 4 déc. 1997, Juris-Data n°1997-056215.
- CA. Paris., 25 sept. 1998, Juris-Data n°1998-024245.
- CA. Montpellier., 6 janv. 1999, D. 2001, somm. 296, obs. FERRIER (D.).
- CA. Toulouse., 13 janv. 2000, JurisData n°2000-108290.
- CA. Paris, 30 juin 2000, D. 2000 p. 379, obs Chevrier.

- CA. Agen., 12 juill. 2000.
- CA. Paris., 27 sept. 2000, D. 2001. p. 1309.
- CA. Orléans. 14 sept. 2000, D.2001 p.1017, note Y. Marot.
- CA. Versailles., 7 mars 2002, Juris-Data n°2002-225456.
- CA. Paris., 6 mai 2002, JurisData n°2002-179307.
- CA. Montpellier, 25 nov. 2002, Lettre Distribution 2003, n°2.
- CA, Montpellier, 7 janv. 2003, Juris-Data n°2003-212738.
- CA. Grenoble., 1^{er} sept. 2003, Juris-Data n°2003-241377.
- CA. Rennes., 20 janv. 2004, Juris-Data n°2004-239028.
- CA. Toulouse., 25 mai 2004, Juris-Data n°2005-247226.
- CA. Dijon., 30 Juin 2005, Juris-Data n°2005-283427.
- CA. Paris., 2 sept. 2005, Juris-Data n°2005-302043.
- CA. Paris., 21 sept. 2005, Juris-Data n°2005-294284.
- CA. Versailles., 25 nov. 2005, RG n°04/04461.
- CA. Paris., 7 déc. 2005, JurisData n°269362.
- CA. Paris., 7 déc. 2005, Juris-Data n°289983.
- CA. Rennes., 13 déc. 2005, Juris-Data n°2005-292457.
- CA. Paris., 1^{er} févr. 2006, Juris-Data n°2006-309721
- CA Nimes., 14 févr. 2006, Juris-Data n°2006-301670.
- CA. Paris., 7 juin 2006, JurisData n°2006-312420.
- CA. Paris., 23 juin 2006, JurisData n°2006-312403.
- CA de Paris., 5 Juillet 2006, JurisData n°2006-312416.
- CA. Paris., 26 oct. 2006, Juris-Data n°322712.

- CA. Paris., 16 nov. 2006, Juris-Data n°2006-322715.
- CA de Paris., 23 Novembre 2006, JurisData n°2006-339929.
- CA. Douai., 21 déc. 2006, RG n°04/02939.
- CA Paris, 25 janv. 2007, LPA 15 nov. 2007, p. 27, n° 87.
- CA. Toulouse., 22 mai 2007, n°06/03460, JurisData n°2007-343492.
- CA., Toulouse, 11 déc. 2007, RG n° 06/02396.
- CA. Rennes., 17 juin 2008, Juris-Data n°2008-006572
- CA. Paris., 6 nov. 2008, Juris-Data n°2008-372730
- CA. Paris., 19 nov. 2008, n°06/02583, Juris-Data n°2008-372538
- CA. Paris., 24 sept. 2008, Juris-Data n°2008-374079.
- CA. Nancy., 22 oct. 2008, n°00/00865.
- CA. Paris., 7 janv. 2009, n°06/13301
- CA. Paris., 18 mars 2009, n°07/01386.
- CA. Grenoble., 23 avr. 2009, Juris-Data n°2009-004990.
- CA. Caen., 11 juin 2009, n°08/00019.
- CA. Versailles., 27 janv. 2010, n°08/08996, Juris-Data n°2010-000649.
- CA. Montpellier., 2 févr. 2010, Juris-Data n°2010-007279.
- CA. Aix-en-Provence., 30 mars 2010, n°2010/210, Juris-Data n°2010-018892.
- CA. Paris., 9 février 2011, n°08/13445, n°08/22867 et n°08/22852.
- CA. Douai., 17 mars 2011, n°09/08362.
- CA. Orléans., 31 mars 2011, n°10/02384.
- CA. Montpellier., 12 avril 2011, n°09/07385.
- CA. Colmar., 19 juill. 2011, Juris-Data n°2011-016256.
- CA. Paris., 7 mars 2012, Juris-Data n°2012-004743.

- CA. Aix-en-Provence., 4 avril 2012, Juris-Data n°2012-006863.
- CA. Lyon., 26 avril 2012, Juris-Data n°2012-009600.
- CA. Paris., 9 mai 2012, JurisData n°2012-010394.
- CA Paris, 12 sept. 2012, n° 10/22116, Juris-Data n° 2012-020483.
- CA. Saint-Denis (Réunion), 14 sept. 2012, n°10/02116.
- CA. Versailles., 2 oct. 2012, n°11/02008, Juris-Data n°2012-026930.
- CA. Paris, 3 oct. 2012, Juris-Data n°2012-024547.
- CA. Angers., 6 nov. 2012, n°10/03039.
- CA. Lyon., 3 avril 2013, Juris-Data n°2013-006467.
- CA. Paris, 2 oct. 2013, Juris-Data n°2013-024461.
- CA. Toulouse., 31 janv. 2014, n°12/01219, Juris-Data n°2014-001756.
- CA. Paris., 19 févr. 2014, AJ Contrat 2014 p.190.
- CA. Paris, 19 mars 2014, JurisData n°2014-005431.
- Cass. 3^{ème} Civ., 26 mars 2014, n°13-10984, Bull. Civ. III, n°45
- CA. Lyon., 5 juin 2014, n° 13/03651.
- CA. Agen., 11 juin 2014, n°12/00812, AJCA 2014, p. 342. obs. PONSARD (M.).
- CA. Paris., 10 sept. 2014, Juris-Data n°2014-021361, n°10/14533.
- CA. Montpellier., 21 oct. 2014, Juris-Data n°2014-033753.
- CA. Paris., 12 novembre 2014, AJ Contrat 2015 p.94, Juris-Data n°2014-027514.
- CA. Paris., 13 nov. 2014, n°13/03253, Juris-Data n°2014-028415.
- CA. Saint-Denis., 18 févr. 2015, n°13/00095
- CA. Caen., 12 mars 2015, pourvoi n°14/01157.
- CA. Rouen., 19 mars 2015, n°14/03019.
- CA. Chambéry., 31 mars 2015, AJ Contrat 2015, p.333.

- CA. d'Angers., 5 mai 2015, n°13/00515.
- CA. Poitiers., 7 mai 2015, n°13/03282.
- CA. Douai., 28 mai 2015, n°13/07229.
- CA. Limoges., 5 nov. 2015, n° 13/01241, AJCA 2016, p. 96.
- CA. Paris., 2 déc. 2015, n°13/12219, Juris-Data n°2015-027213.
- CA. Besançon., 5 janv. 2016, n°14-01162.
- CA. Paris., 17 févr. 2016, n°13/20415, Juris-Data n°2016-003049.
- CA. Paris., 2 mars 2016, n°13-/3068, Juris-Data n°2016-003827.
- CA. Metz., 31 mars 2016, n°14/01842.
- CA. Chambéry, 3 mai 2016, n°14/01842.
- CA. Paris., 4 mai 2016, n°15-10674.
- CA. Paris., 24 mai 2016, n°15/06153, JurisData n°2016-004962.
- CA. Versailles., 13 sept. 2016, n°14/05670.
- CA. Paris., 15 fév. 2017, n°14/15753, JurisData n°2017-002990.
- CA. Paris., 26 avr. 2017, n°14/22040.
- CA. Paris., 31 mai 2017, n°15/13702.
- CA. Paris., 21 juin 2017, n°15/15949.
- CA. Douai., 6 sept. 2017, n°06/01777.
- CA. Paris., 15 nov. 2017, n°17/13579.
- CA. Paris., 13 déc. 2017, n°13/12625
- CA. Paris., 16 mai 2018, n°16/04303.
- CA. Chambéry., 9 oct. 2018, n°16/02631.
- CA Paris., 9 janv. 2019, n°16/21425
- CA. Aix-en-Provence., 29 mars 2019, n°17/03788



- T. Com., Verdun, 17 juin 1959, Ann. propr. ind. 1961, p.30, n°2.
- T. com. Paris., 18 sept. 1986, D. 1988, p. 23.
- TGI, Lyon., 24 avril 1989, D. 1990, p. 370 ; TGI. Paris., 20 nov. 1989, D. 1990, p. 370.
- T. Com. Rouen., 29 sept. 2008, RG n°2006-003843.
- TGI. Strasbourg, 20 déc. 2013, n°2013/003928
- TGI. Nanterre., 2 oct. 2014, Sté Digitre c/ Sté Neo Avenue et M.N.



- Cons. Conc., 19 mars 1996, n°96-D-16.
- Cons. Conc., 28 mai 1996, n°96-D-36, Juris-Data 1996-642616.
- Cons. Conc., 18 juin 1997, n°97-D.48, D. 1998 p.223.
- Cons. Conc, 24 juin 1997, n°97-D.51, D. 1998 p.223, Juris-Data n°1997-970393.
- Aut. conc., décision n°11-D-03 du 15 févr. 2011 « *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros et des fruits et légumes produits de la mer frais* », RLDA 2011/59, n°333, obs. LECOURT (A.).



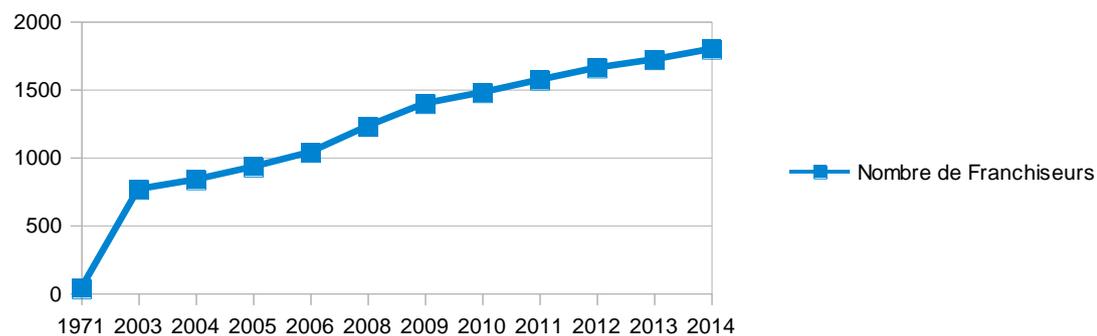
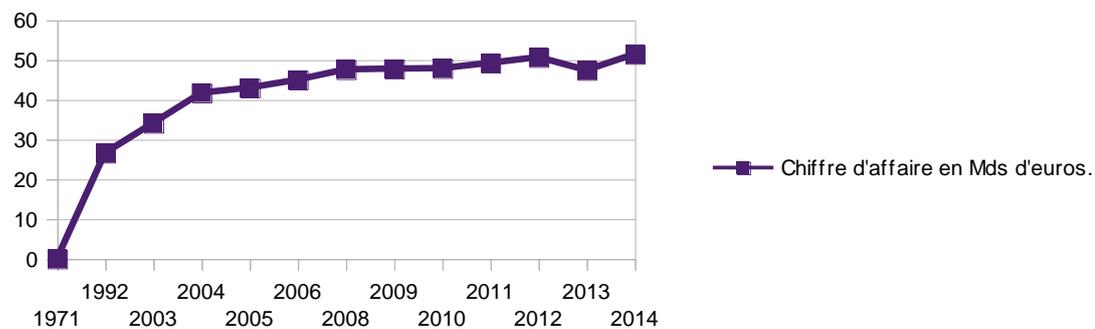
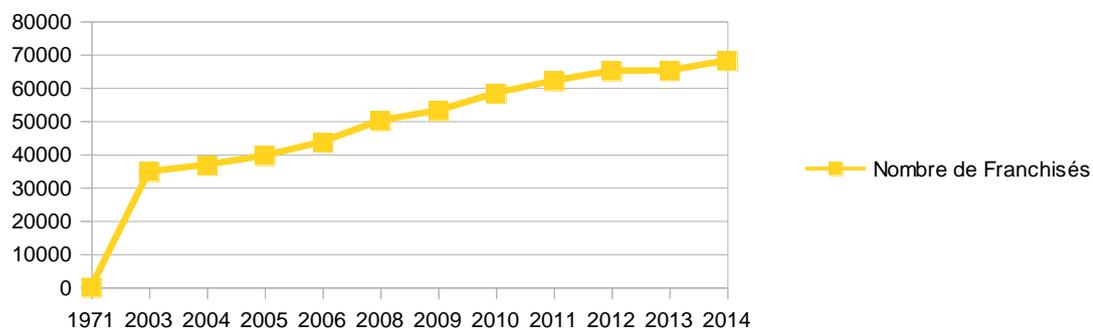
- CJCE, 28 janv. 1986, n°C-161/84, Pronuptia.
- Comm. CE, 17 déc. 1986, J.O.C.E, L.8/49. 10 Janvier 1987.
- Comm. CE, 17 déc. 1986, J.O.C.E, L.13/39. 15 Janvier 1987.
- CJCE, 18 déc. 1986, aff. C-10/86, VAG France c/ Ets Magne.
- Comm. CE, 13 juill. 1987 , J.O.C.E, L.222/12. 10 Aout 1987.
- Comm. CE, déc. n° 87/14/CEE, 17 déc. 1986, pt. 50 : JOCE n° L 008, 10 janv. 1987, p. 49

- Comm. CE, 14 nov. 1988, J.O.C.E, L.332/38. 3 Décembre 1988.
- Comm. CE, 2 déc. 1988, J.O.C.E, L.35/31. 7 Février 1989.
- CJUE 16 juill. 2009, Infopaq, n° C-5/08 ; D. 2011, p. 2164.

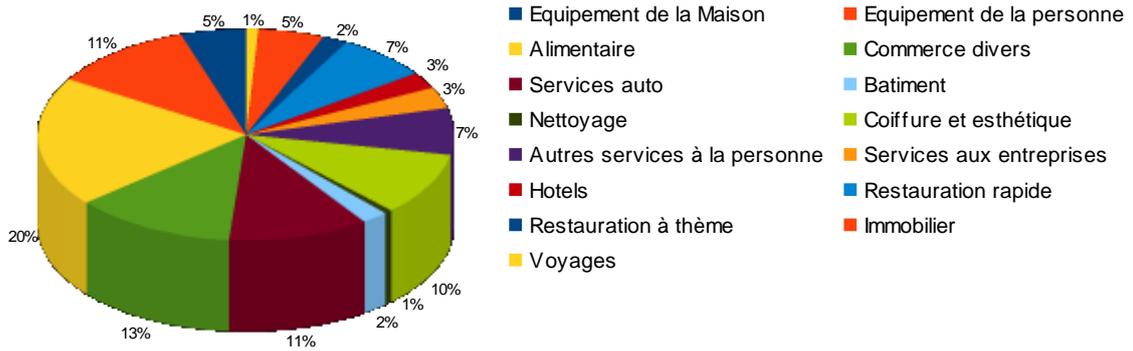
TABLE DES ANNEXES

Annexe n°1. Évolution du secteur de la franchise en France	418
Annexe n°2. Extrait de l'Arrêt dit <i>Pronuptia</i> de la CJCE du 28 Janvier 1986 n°C-161/84..	420
Annexe n°3. Extrait du Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise.....	427
Annexe n°4. Extrait du Règlement de la Commission n°2790/1999 du 22 Décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.....	433
Annexe n°5. Extrait du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.....	438
Annexe n°6. Code de déontologie européen de la franchise.....	441
Annexe n°7. Amendement n°1681 au projet de loi relatif à la croissance et l'activité, dite Loi Macron.....	447
Annexe n°8. Extrait du communiqué de presse du 3 Février 2015, de la FFF, au sujet de la suppression des clauses de non-concurrence post-contractuelles au sein des contrats de franchise, prévue par le projet de loi pour la croissance et l'activité.....	449
Annexe n°9. Extrait du communiqué de presse du 7 Décembre 2010, de l'Autorité de la Concurrence, au sujet de l'Avis n°10-A-26, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.....	450

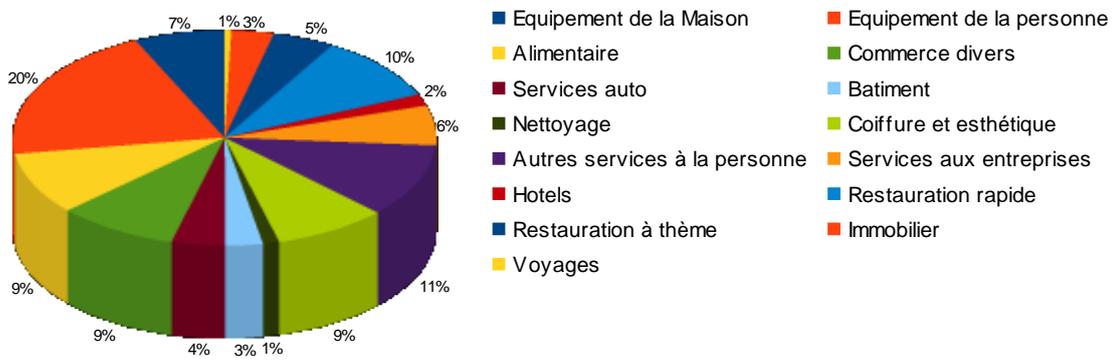
Annexe n°1. Évolution du secteur de la franchise en France



Poids des secteurs pour les franchisés 2015.



Poids des secteurs pour les réseaux 2015.



Annexe n°2.
Extrait de l'Arrêt dit *Pronuptia* de la CJCE du 28 Janvier 1986 n°C-161/84.

Dans l'affaire 161/84,

Ayant pour objet une demande adressée à la cour, en application de l'Article 177 du Traite CEE, par le Bundesgerichtshof et visant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Pronuptia DE PARIS GMBH , FRANKFURT AM MAIN ,

et

Pronuptia DE PARIS IRMGARD SCHILLGALIS , HAMBURG ,

Objet du litige

Une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation à donner à l'Article 85 du Traite CEE et au Règlement n°67/67 de la Commission, du 22 mars 1967, relatif à l'application de l'Article 85, Paragraphe 3, du Traite CEE a des catégories d'accords d'exclusivité (JO 1967, p. 849),

Motifs de l'arrêt

1 Par ordonnance du 15 mai 1984, parvenue à la cour le 25 juin suivant, le Bundesgerichtshof a posé, en vertu de l'Article 177 du traite CEE, plusieurs questions relatives à l'interprétation de l'Article 85 du Traite CEE et du règlement n°67/67 de la Commission, du 22 Mars 1967, concernant l'application de l'Article 85, Paragraphe 3, a des catégories d'accords d'exclusivité (JO 1967, p. 849) afin qu'il soit examiné si ces dispositions sont applicables aux contrats de franchise.

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige entre la société Pronuptia de paris GmbH de Francfortle franchiseur), filiale d'une société française du même nom, et Mme schillgalis de Hambourg qui exploite un commerce sous le nom Pronuptia de paris (ci-après le franchise), litige qui porte sur l'obligation de la franchise de payer au franchiseur des arriérés de redevances sur son chiffre d'affaires des années 1978 à 1980.

3 La société mère française du franchiseur distribue sous la marque Pronuptia de Paris des robes de mariée et d'autres vêtements portés à l'occasion de mariages en RFA, la distribution de ces produits est assurée soit dans des magasins exploites directement par sa filiale, soit dans des magasins appartenant à des détaillants indépendants qui sont lies à elle par des contrats de franchise conclus en son nom par sa filiale, agissant en même temps en son nom propre.

4 Par trois contrats qui ont été signes le 24 février 1980, le franchise a obtenu une franchise pour trois zones distinctes, celles de Hambourg, d'Oldenbourg et de Hanovre. Ces trois contrats sont rédigés en termes pratiquement identiques. Ils comportent plus précisément les dispositions suivantes.

5 le franchiseur :

- accorde au franchise pour un certain territoire, qui est délimité dans une carte annexée au contrat, le droit exclusif à l'utilisation du signe Pronuptia de Paris en vue de la vente de ses produits et de ses services, ainsi que le droit d'effectuer de la publicité dans ce territoire ;

- s'engage à n'ouvrir aucun autre magasin Pronuptia dans le territoire en question et à ne fournir aucun produit ou service à des tiers dans ce territoire ;

- s'engage à assister le franchise en ce qui concerne les aspects commerciaux et publicitaires de son commerce, l'aménagement et la décoration du magasin, la formation du personnel, les techniques de vente, la mode et les produits, l'achat, le marketing et, de manière générale, pour tout ce qui, d'après son expérience, pourrait contribuer à améliorer le chiffre d'affaires et la rentabilité du commerce du franchise.

6 le franchisé, qui reste seul propriétaire de son commerce et en assume les risques, est tenu :

- de ne vendre les marchandises en utilisant le nom commercial et la marque Pronuptia de paris que dans le magasin spécifié dans le contrat, lequel doit avoir été aménagé et décoré principalement pour la vente d'articles de mariage, selon les indications du franchiseur, dans le but de mettre en valeur l'image de marque de la chaîne de distribution Pronuptia et ne peut être transféré à un autre emplacement ou transformé qu'avec l'accord du franchiseur ;

- d'acheter auprès du franchiseur 80 % des robes et accessoires de mariée ainsi qu'une proportion à déterminer par le franchiseur lui-même de tenues de cocktail et de réception et à ne s'approvisionner pour le reste qu'auprès de fournisseurs agréés par le franchiseur ;

- de payer au franchiseur, en contrepartie des avantages consentis, un droit d'entrée unique pour le territoire contractuel de 15 000 dm et, pendant toute la durée du contrat, une redevance égale à 10 % de l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé par la vente de produits Pronuptia ou de toutes autres marchandises, les tenues de soirée achetées auprès d'autres fournisseurs que Pronuptia n'étant cependant pas soumises à cette redevance ;

- de considérer, sans préjudice de sa liberté de fixer lui-même ses prix de revente, les prix proposés par le franchiseur comme des recommandations pour la revente ;

- de ne mener de publicité dans le territoire concède qu'avec l'accord du franchiseur, et, en toute hypothèse, d'aligner cette publicité sur celle effectuée au plan international et national par le franchiseur, de diffuser de la façon la plus consciencieuse possible les catalogues et autres supports publicitaires fournis par le franchiseur et, de manière générale, d'appliquer les méthodes commerciales qui lui sont communiquées par le franchiseur ;

- de s'assigner pour objectif principal la vente d'articles de mariage ;

- de s'abstenir de tout acte de concurrence avec un commerce Pronuptia, et en particulier de ne pas ouvrir un commerce ayant un objet identique ou similaire à celui exercé dans le cadre du contrat ni de participer, directement ou indirectement, à un tel commerce, dans le territoire de la république fédérale d'Allemagne, y compris Berlin-ouest ou dans un territoire où Pronuptia est représentée d'une manière quelconque, et ce tant pendant la durée du contrat que pendant une période d'un an après la fin de celui-ci ;

- de ne céder à des tiers ni les droits et obligations résultant du contrat ni son commerce sans accord préalable du franchiseur, étant entendu que celui-ci marquera son accord si la cession intervient pour des raisons de santé et si le nouveau contractant établit sa solvabilité et prouve qu'il n'est pas, sous quelque forme que ce soit, un concurrent du franchiseur.

7 Condamné en première instance au paiement (...), le franchisé a interjeté appel de ce jugement (...), en faisant valoir, pour échapper au paiement (...), que les contrats en cause violaient l'article 85, paragraphe 1, de la traite et ne bénéficiaient pas de l'exemption par catégorie accordée aux accords d'exclusivité par le règlement no 67/67 précité de la commission. Par arrêt du 2 décembre 1982, l'

Oberlandesgericht a fait droit à l'argumentation du franchise. il a jugé que les engagements d'exclusivité réciproque constituaient des restrictions de la concurrence à l'intérieur du marché commun, le franchiseur ne pouvant approvisionner aucun autre commerçant dans le territoire sous contrat et le franchise ne pouvant acheter et revendre d'autres marchandises en provenance d'autres états membres que de manière limitée. ne bénéficiant pas d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ces contrats devaient, selon lui, être considérés comme nuls en vertu de l'article 85, paragraphe 2. sous le rapport de l'exemption, l'Oberlandesgericht a estimé en particulier qu'il n'était pas nécessaire pour lui de décider si les contrats de franchise sont exclus par principe du champ d'application du règlement no 67/67, précité, de la commission. en effet, selon l'Oberlandesgericht, les contrats en cause comportent en toute hypothèse des engagements qui vont au-delà de ceux décrits dans l'article 1er de ce règlement et qui sont constitutifs de restrictions de la concurrence non couvertes par l'article 2.

8 le franchiseur a introduit contre cet arrêt un pourvoi en révision devant le Bundesgerichtshof en concluant au maintien du jugement rendu en première instance. le Bundesgerichtshof a estimé que la décision à prendre sur le pourvoi en révision dépendait de l'interprétation du droit communautaire. il a, en conséquence, demandé à la cour de statuer à titre préjudiciel sur les questions suivantes :

1) l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE est-il applicable aux contrats de franchise, tels que les contrats entre les parties au litige, ayant pour objet l'application d'un système de distribution particulier dans lequel le franchiseur cède au franchise non seulement les marchandises, mais aussi le nom commercial, la marque, des marques non déposées sur des marchandises et d'autres prestations de services ?

2) en cas de réponse affirmative à la première question, le règlement no 67/67/CEE de la commission, du 22 mars 1967, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords d'exclusivité, est-il applicable à de tels contrats ?

3) en cas de réponse affirmative à la deuxième question :

a) le règlement d'exemption par catégories est-il également applicable dans le cas où participent d'un côté au contrat plusieurs entreprises juridiquement autonomes, mais économiquement liées entre elles, qui forment au regard du contrat une entité économique ?

b) le règlement d'exemption par catégories, et notamment son article 2, paragraphe 1, sous c), recouvre-t-il l'obligation incombant au franchise de ne faire de la publicité qu'après approbation du franchiseur, en accord avec la publicité de celui-ci et en utilisant le matériel publicitaire mis à sa disposition par le franchiseur, et en général d'appliquer les méthodes commerciales du franchiseur? le fait que le matériel publicitaire du franchiseur mentionne des prix indicatifs est-il important dans ce contexte?

c) le règlement d'exemption par catégories, et notamment ses articles 1er, paragraphe 1, sous b), 2, paragraphe 1, sous a), et 2, paragraphe 2, sous b), recouvre-t-il l'obligation incombant au franchise de distribuer les produits visés au contrat exclusivement ou au moins en majeure partie dans un local commercial précis, spécialement aménagé à cet effet ?

d) le règlement d'exemption par catégorie, et notamment son article 1er, paragraphe 1, sous b), recouvre-t-il l'obligation incombant au franchise, tenu principalement de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur, de ne s'approvisionner, pour la part libre des produits visés au contrat, qu'auprès de fournisseurs agréés par le franchiseur ?

e) le règlement d'exemption par catégorie admet-il l'obligation incombant au franchiseur de soutenir le franchise en matière commerciale, publicitaire et professionnelle ?

sur la première question

Le franchiseur, a fait valoir qu'un système de contrats de franchise permet de combiner les avantages d'une forme de distribution qui se présente de façon homogène vis-à-vis de l'extérieur (telle que les filiales) avec la distribution par des revendeurs indépendants assumant eux-mêmes le risque de la vente. Constitué d'un réseau d'accords verticaux qui visent à garantir la présentation uniforme vis-à-vis de l'extérieur, ce système de contrats renforcerait la capacité concurrentielle du franchiseur au plan horizontal, c'est-à-dire à l'égard d'autres formes de distribution. il rendrait possible, pour une entreprise qui ne disposerait pas autrement des moyens financiers nécessaires, la mise en place d'un réseau de distribution supranationale, réseau auquel participeraient, en qualité de franchisees, de petites entreprises dont l'autonomie serait préservée. au vu de ces avantages, l'article 85, paragraphe 1, ne s'appliquerait pas lorsque les contrats de franchise ne comportent pas de restrictions à la liberté des parties contractantes dépassant celles qui découlent de la nature d'un système de franchise. des obligations exclusives de livraison et d'approvisionnement, dans la mesure où elles visent à assurer des assortiments uniformes, des obligations de publicité homogène et d'aménagement uniforme des locaux commerciaux et l'interdiction de vendre dans d'autres magasins les marchandises livrées dans le cadre du contrat seraient inhérentes à la nature même du contrat de franchise et échapperaient à l'application de l'article 85, paragraphe 1.

Le franchisee suggère de répondre par l'affirmative à la question posée. les contrats litigieux se caractériseraient par la protection territoriale accordée au franchisee. ils ne sauraient être assimilés à des contrats avec des représentants de commerce, étant donné qu'à la différence de ces derniers, les franchisees agissent en leur nom et pour leur propre compte et assument les risques de la vente. le système du contrat de franchise en cause entraînerait des restrictions sensibles de la concurrence, eu égard au fait que Pronuptia est, comme elle le proclame elle-même, le leader mondial français des robes et accessoires de mariée.

(...)

La commission souligne que le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, n'est pas limité à certains types de contrats, ce dont elle déduit que lorsque ses conditions sont réunies, l'article 85, paragraphe 1, s'applique également à des contrats qui, outre la livraison de marchandises, ont pour objet la cession d'un nom commercial et d'une marque, déposée ou non, de produits ainsi que la prestation de services.

Il y a lieu de noter d'abord que les contrats de franchise, dont la légalité n'a pas été jusqu'à présent soumise à l'examen de la cour, sont d'une grande diversité. Il ressort des débats devant la cour qu'il faut distinguer différentes espèces de contrats de franchise et, notamment : les contrats de franchise de service en vertu desquels le franchisee offre un service sous l'enseigne et le nom commercial, voire la marque, du franchiseur et en se conformant aux directives de ce dernier ; les contrats de franchise de production en vertu desquels le franchisee fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci ; et, enfin, les contrats de franchise de distribution en vertu desquels le franchisee se borne à vendre certains produits dans un magasin qui porte l'enseigne du franchiseur. la cour ne se prononcera que sur cette troisième espèce de contrats à laquelle se rapporte expressément la question de la juridiction nationale.

Il importe d'observer ensuite que la compatibilité des contrats de franchise de distribution avec l'article 85, paragraphe 1, ne peut être appréciée de façon abstraite, mais qu'elle est fonction des clauses contenues dans ces contrats. pour rendre sa réponse pleinement utile à la juridiction nationale, la cour envisagera des contrats qui ont un contenu tel que celui qui a été décrit ci-avant.

Dans un système de franchises de distribution tel que celui-là, une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accordées, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la

possibilité de s' établir dans d' autres marchent en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d' un mode de distribution, il s' agit d' une manière d' exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l' expérience nécessaire l' accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. les contrats de franchise de distribution se différencient en cela des contrats de concession de vente ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective qui ne comportent ni utilisation d' une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis. un tel système, qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence. pour qu'il puisse fonctionner, une double condition doit être remplie.

Premièrement, le franchiseur doit pouvoir communiquer aux franchises son savoir-faire et leur apporter l' assistance voulue pour les mettre en mesure d' appliquer ses méthodes, sans risquer que ce savoir-faire et cette assistance profitent, ne serait-ce qu'indirectement, à des concurrents. il en résulte que les clauses qui sont indispensables pour prévenir ce risque ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de l' article 85, paragraphe 1. il en va ainsi de l' interdiction faite au franchise d' ouvrir, pendant la durée du contrat ou pendant une période raisonnable après l' expiration de celui-ci, un magasin ayant un objet identique ou similaire, dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau. il en va de même de l' obligation imposée au franchise de ne pas céder son magasin sans l' accord préalable du franchiseur : cette clause tend à éviter que le bénéfice du savoir-faire transmis et de l' assistance apportée n' aille indirectement à un concurrent.

Deuxièmement, le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l' identité et la réputation du réseau qui est symbolisée par l' enseigne. il en résulte que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence au sens de l' article 85, paragraphe 1.

Il en va ainsi d' abord de l' obligation pour le franchise d' appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur et d' utiliser le savoir-faire transmis.

Tel est le cas encore de l' obligation du franchise de ne vendre les marchandises visées au contrat que dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur, laquelle a pour objet de garantir une présentation uniforme répondant à certaines exigences. les mêmes exigences s' appliquent à l' emplacement du magasin dont le choix est également de nature à influencer la réputation du réseau. ainsi s' explique que le franchise ne puisse pas transférer son magasin dans un autre emplacement sans l' assentiment du franchiseur.

L'interdiction pour le franchise de céder les droits et obligations résultant du contrat sans l' accord du franchiseur sauvegarde le droit pour celui-ci de choisir librement les franchises dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau.

Grace au contrôle exercé par le franchiseur sur l' assortiment offert par le franchise, le public pourra trouver auprès de chaque franchise des marchandises de même qualité. il peut être impraticable dans certains cas, comme dans le domaine des articles de mode, de formuler des spécifications de qualité objectives. veiller au respect de ces spécifications peut également, en raison du grand nombre de franchises, entraîner un cout trop élevé. une clause prescrivant au franchise de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui doit, dans de telles conditions, être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau. elle ne peut toutefois aboutir à empêcher le franchise de se procurer ces produits auprès d' autres franchises.

Enfin, comme la publicité contribue à déterminer l'image qu'à le public du signe symbolisant le réseau, la clause qui subordonne toute publicité du franchise à l' assentiment du franchiseur est également indispensable à la préservation de l' identité du réseau, pourvu qu'elle ne concerne que la nature de la publicité.

Il convient, en revanche, de souligner que loin d' être nécessaires à la protection du savoir-faire transmis ou à la préservation de l' identité et de la réputation du réseau, certaines clauses restreignent la concurrence entre les membres de celui-ci. tel est le cas des clauses qui réalisent un partage des marches entre franchiseur et franchises ou entre franchises ou qui empêchent ceux-ci de se livrer à une concurrence de prix entre eux.

Il importe, à cet égard, d' attirer l' attention de la juridiction nationale sur la clause qui oblige le franchise à ne vendre les marchandises visées au contrat qu'à partir du local désigné dans celui-ci. cette clause interdit au franchise d' ouvrir un second magasin. sa portée réelle apparaît si on la met en relation avec l' engagement que prend le franchiseur à l' égard du franchise d' assurer à celui-ci, dans un certain territoire, l' exclusivité de l' utilisation du signe concédé. pour respecter la promesse faite ainsi à un franchise, le franchiseur doit non seulement s' obliger à ne pas s' établir lui-même dans ce territoire, mais encore exiger des autres franchises l' engagement de ne pas ouvrir un autre magasin en dehors du leur.

(...)

Si des clauses qui portent atteinte à la faculté du franchise de déterminer ses prix en toute liberté sont restrictives de la concurrence, il n' en est pas de même du fait pour le franchiseur de communiquer aux franchises des prix indicatifs, à la condition toutefois qu'il n'y ait pas, entre le franchiseur et les franchises ou entre les franchises, de pratique concertée en vue de l' application effective de ces prix. il appartient à la juridiction nationale de vérifier la réalisation de cette condition.

(...)

Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question que :

1) la compatibilité des contrats de franchise de distribution avec l' article 85, paragraphe 1, est fonction des clauses que contiennent ces contrats et du contexte économique dans lequel ils s' insèrent ;

2) les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis et l' assistance apportée par le franchiseur profitent à des concurrents ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de l' article 85, paragraphe 1 ;

3) les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l' identité et de la réputation du réseau qui est symbolisé par l' enseigne ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence au sens de l' article 85, paragraphe 1 ;

4) les clauses qui réalisent un partage des marches entre franchiseur et franchises ou entre franchises constituent des restrictions de la concurrence au sens de l' article 85, paragraphe 1 ;

5) le fait pour le franchiseur de communiquer au franchise des prix indicatifs n' est pas constitutif d' une restriction de la concurrence, à la condition qu'il n' y ait pas, entre le franchiseur et les franchises ou entre les franchises, une pratique concertée en vue de l' application effective de ces prix ;

6) les contrats de franchise de distribution qui contiennent des clauses réalisant un partage des marches entre franchiseur et franchise ou entre franchises sont susceptibles d' affecter le commerce entre états membres.

sur la deuxième question

(...)

sur la troisième question

(...)

dispositif
par ces motifs,

la cour,

statuant sur les questions à elle soumises par le Bundesgerichtshof, par ordonnance du 15 mai 1984, dit pour droit :

1 a) la compatibilité des contrats de franchise de distribution avec l'article 85, paragraphe 1, est fonction des clauses que contiennent ces contrats et du contexte économique dans lequel ils s'insèrent ;

b) les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis et l'assistance apportée par le franchiseur profitent à des concurrents ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1 ;

c) les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1 ;

d) les clauses qui réalisent un partage des marchés entre franchiseur et franchises ou entre franchises constituent des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1 ;

e) le fait pour le franchiseur de communiquer aux franchises des prix indicatifs n'est pas constitutif d'une restriction de la concurrence, à la condition qu'il n'y ait pas entre le franchiseur et les franchises ou entre les franchises une pratique concertée en vue de l'application effective de ces prix ;

f) les contrats de franchise de distribution qui contiennent des clauses réalisant un partage des marchés entre franchiseur et franchise ou entre franchises sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres .

2) le règlement no 67/67 n'est pas applicable à des contrats de franchise de distribution tels que ceux qui ont été examinés dans le cadre de la présente procédure.

Annexe n°3.
Extrait du Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30
novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du
traité à des catégories d'accords de franchise.

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

vu le règlement no 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (1), modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et notamment son article 1er,

après publication du projet de règlement (2),

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit :

(1) Conformément au règlement n° 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer par voie de règlement l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords exclusifs bilatéraux tombant sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 qui, soit ont pour objet la distribution ou l'achat exclusif de biens, soit comportent des restrictions imposées en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation de droits de propriété industrielle .

(2) Les accords de franchise consistent essentiellement en des licences de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, des signes distinctifs ou du savoir-faire, qui peuvent être combinées avec des restrictions portant sur la livraison ou l'achat de produits .

(3) Plusieurs types de franchise peuvent être distingués en fonction de leur objet : la franchise industrielle concerne la fabrication de produits, la franchise de distribution concerne la vente de produits et la franchise de services concerne la prestation de services .

(4) Il est possible, sur la base de l'expérience de la Commission, de définir des catégories d'accords de franchise qui tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, mais peuvent normalement être considérés comme remplissant les conditions de l'article 85 paragraphe 3; c'est le cas pour les accords de franchise aux termes desquels une des parties fournit des produits ou des services à des utilisateurs finals; en revanche, les accords de franchise industrielle ne sont pas couverts par le présent règlement; de tels accords, qui régissent habituellement des relations entre producteurs, présentent des caractéristiques différentes des autres types de franchise; ils consistent en des licences de production fondées sur des brevets et/ou du savoir-faire technique, combinées avec des licences de marques; certains de ces accords peuvent bénéficier d'autres exemptions par catégorie s'ils remplissent les conditions nécessaires .

(5) Le présent règlement couvre des accords de franchise entre deux entreprises, le franchiseur et le franchisé, relatifs à la vente au détail de produits ou à la prestation de services aux utilisateurs finals, ou à une combinaison de ces deux activités telle que le traitement ou l'adaptation de produits pour répondre aux besoins spécifiques de leurs clients; il couvre aussi les cas où la relation entre franchiseur et franchisé est réalisée par l'intermédiaire d'un tiers, le franchisé principal; il ne couvre pas les accords de franchise de gros en raison du manque d'expérience de la Commission dans ce domaine .

(6) Les accords de franchise, tels que définis dans le présent règlement, peuvent tomber sous le coup de l'article 85 paragraphe 1; ils peuvent en particulier affecter le commerce entre États membres lorsqu'ils sont conclus entre des entreprises de différents États membres ou lorsqu'ils forment la base d'un réseau qui s'étend au-delà des limites d'un seul État membre .

(7) Les accords de franchise, tels que définis dans le présent règlement, améliorent normalement la distribution de produits et/ou la prestation de services, puisqu'ils donnent aux franchiseurs la possibilité d'établir un réseau uniforme avec des investissements limités, ce qui peut favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, particulièrement dans le cas de petites et moyennes entreprises, accroissant ainsi la concurrence entre marques; ils permettent aussi à des commerçants indépendants d'installer des établissements plus rapidement et avec de meilleures chances de succès que s'ils avaient dû le faire sans l'expérience ni l'assistance du franchiseur; ils ont ainsi la possibilité de concurrencer plus efficacement de grandes entreprises de distribution .

(8) En règle générale, les accords de franchise réservent également aux consommateurs et aux autres utilisateurs finals une part équitable du bénéfice qui en résulte, du fait qu'ils combinent les avantages d'un réseau uniforme avec l'existence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise; le caractère homogène du réseau et la coopération constante entre le franchiseur et les franchisés assurent une qualité constante des produits et des services; l'effet favorable de la franchise sur la concurrence entre marques et le fait que les consommateurs soient libres de traiter avec tout franchisé dans le réseau garantissent qu'une part raisonnable des bénéfices résultant de l'accord iront aux consommateurs .

(9) Le présent règlement doit définir les obligations restrictives de concurrence qui peuvent être comprises dans les accords de franchise; c'est le cas en particulier pour l'octroi d'un territoire exclusif aux franchisés combiné avec l'interdiction de chercher activement des clients hors de ce territoire, ce qui leur permet de concentrer leurs efforts sur le territoire qui leur a été attribué; c'est également le cas pour l'octroi d'un territoire exclusif à un franchisé principal, combiné avec l'obligation de ne pas conclure d'accords de franchise avec des tiers hors de ce territoire; lorsque les franchisés vendent, ou utilisent dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués par le franchiseur, ou selon ses instructions, et/ou des produits portant sa marque, l'obligation pour les franchisés de ne pas vendre, ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, de produits concurrents, permet d'établir un réseau cohérent qui s'identifie avec les produits franchisés; cependant cette obligation ne peut être acceptée que pour les produits qui forment l'objet essentiel de la franchise; elle ne peut pas s'appliquer en particulier aux accessoires ou aux pièces de rechange de ces produits .

(10) Les obligations susvisées n'imposent donc pas de restrictions qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs mentionnés ci-dessus . En particulier la protection territoriale limitée accordée aux franchisés est indispensable pour protéger leur investissement .

(11) Il convient d'énumérer dans le présent règlement un certain nombre d'obligations normalement non restrictives de concurrence qui sont communément incluses dans des accords de franchise et de prévoir que si, du fait de circonstances économiques ou juridiques particulières, elles tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, elles sont aussi couvertes par l'exemption . Cette liste, qui n'est pas exhaustive, comprend en particulier des clauses qui sont essentielles soit pour préserver l'identité commune et la réputation du réseau, soit pour empêcher que le savoir-faire et l'assistance fournis par le franchiseur ne profitent à des concurrents .

(12) (...).

(13) Le règlement doit aussi préciser les restrictions qui ne peuvent figurer dans les accords de franchise pour que ceux-ci bénéficient de l'exemption par catégorie, du fait qu'elles constituent des restrictions tombant sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, par lesquelles il n'existe pas de présomption générale qu'elles produisent les effets positifs exigés par l'article 85 paragraphe 3 . Cela

s'applique notamment au partage de marché entre producteurs, aux clauses limitant indûment le choix du franchisé pour ses fournisseurs ou ses clients et aux cas où le franchisé est soumis à des restrictions quant à la détermination de ses prix . Le franchiseur doit toutefois être libre de recommander des prix aux franchisés lorsque cela n'est pas interdit par les législations nationales et dans la mesure où cela ne donne pas lieu à des pratiques concertées pour l'application effective de ces prix .

(14) (...) .

(15) (...) .

(16) (...) .

(17) (...)

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT :

Article premier

1 . (...) .

2 . (...).

3 . Pour l'application du présent règlement on entend par :

a) « **franchise** », un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals;

b) « **accord de franchise** », un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat,

- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire et - la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord;

c) « **accords de franchise principale** », un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé principal, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise en vue de conclure des accords de franchise avec des tiers, les franchisés;

d) « **produits du franchiseur** », des produits fabriqués par le franchiseur ou selon ses instructions et/ou portant le nom ou la marque du franchiseur;

e) (...).

f) « **savoir-faire** », un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié;

g) « **secret** », le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible; cette notion ne

doit pas être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur;

h) « **substantiel** », le fait que le savoir-faire doit inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière; le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché .

i) « **identifié** », le fait que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité; la description du savoir-faire peut être faite dans l'accord de franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée .

Article 2

L'exemption prévue à l'article 1er s'applique aux restrictions de concurrence suivantes :

a) l'obligation pour le franchiseur de ne pas, dans une partie définie du marché commun, le territoire visé au contrat,

- donner le droit d'exploiter tout ou partie de la franchise à des tiers,

- exploiter lui-même la franchise ou commercialiser lui-même les produits ou services qui font l'objet de la franchise en appliquant une formule similaire,

- fournir lui-même les produits du franchiseur à des tiers;

b) l'obligation pour le franchisé principal de ne pas conclure de contrats de franchise avec des tiers hors du territoire visé au contrat;

c) l'obligation pour le franchisé de n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat;

d) l'obligation pour le franchisé de s'abstenir de rechercher des clients hors du territoire visé au contrat pour les produits ou services qui font l'objet de la franchise;

e) l'obligation pour le franchisé de ne pas fabriquer, vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services des produits concurrents des produits du franchiseur qui font l'objet de la franchise; lorsque l'objet de la franchise est de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services à la fois certains produits et des pièces de rechange ou accessoires de ceux-ci, cette obligation ne peut pas être imposée en ce qui concerne ces pièces de rechange ou accessoires .

Article 3

1 . Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacle à l'application de l'article 1er, dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé :

a) vendre, ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, exclusivement des produits répondant aux spécifications objectives minimales de qualité fixées par le franchiseur;

- b) vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués seulement par le franchiseur ou par des tiers désignés par lui, lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité;
- c) ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur; cette obligation peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise;
- d) ne pas acquérir de participations financières dans le capital d'une entreprise concurrente qui donneraient au franchisé le pouvoir d'influencer le comportement économique d'une telle entreprise;
- e) ne vendre les produits qui font l'objet de la franchise qu'aux utilisateurs finals, aux autres franchisés, et aux revendeurs appartenant à d'autres canaux de distribution qui sont approvisionnés par le fabricant de ces produits ou avec son consentement;
- f) commercialiser les produits ou prêter les services faisant l'objet de la franchise au mieux de ses possibilités; offrir à la vente un assortiment minimal de produits, réaliser un chiffre d'affaires minimal, planifier ses commandes à l'avance, détenir un stock minimal et assurer le service à la clientèle et la garantie;
- g) payer au franchiseur une part déterminée de ses ressources pour la publicité et réaliser lui-même de la publicité, en devant obtenir l'accord du franchiseur sur la nature de celle-ci;

2 . Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacle à l'application de l'article 1er :

- a) ne pas divulguer le savoir-faire fourni par le franchiseur; cette obligation peut être imposée au franchisé après l'expiration de l'accord;**
- b) communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et lui accorder, ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir - faire résultant de cette expérience;
- c) informer le franchiseur des contrefaçons des droits de propriété industrielle ou intellectuelle licenciés, intenter une action contre les contrefacteurs ou assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur;
- d) ne pas utiliser le savoir-faire licencié par le franchiseur à d'autres fins que l'exploitation de la franchise; cette obligation peut être imposée au franchisé après l'expiration de l'accord;
- e) suivre les cours de formation organisés par le franchiseur pour lui-même ou pour son personnel;
- f) appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur, y inclus toute modification ultérieure de celles-ci, et utiliser les droits de propriété industrielle ou intellectuelle licenciés;
- g) respecter les normes du franchiseur en matière d'équipement et de présentation des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat;
- h) permettre au franchiseur d'effectuer des contrôles des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, y compris les produits vendus et les services fournis ainsi que les inventaires et les états financiers du franchisé;
- i) ne pas modifier l'emplacement des locaux visés au contrat sans l'accord du franchiseur;

j) ne pas céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur .

3 . Dans le cas où, en raison d'un contexte particulier, les obligations visées au paragraphe 2 tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, elles sont également exemptées, même lorsqu'elles ne sont accompagnées d'aucune des obligations exemptées à l'article 1er .

Article 4 (...)

Article 5

L'exemption prévue à l'article 1er ne s'applique pas lorsque :

a) des entreprises fabriquant des produits ou prestant des services, qui sont identiques ou considérés comme similaires par les utilisateurs en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage, concluent entre elles des accords de franchise concernant ces produits ou services;

b) sans préjudice de l'article 2 point e) et de l'article 3 paragraphe 1 point b), le franchisé est empêché de s'approvisionner en produits de qualité équivalente à ceux qui lui sont proposés par le franchiseur;

c) sans préjudice de l'article 2 point e), le franchisé est tenu de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués par le franchiseur ou des tiers désignés par le franchiseur et lorsque le franchiseur refuse, pour des raisons autres que la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle du franchiseur ou le maintien de l'identité et de la réputation du réseau franchisé, de désigner comme producteurs autorisés des tiers proposés par le franchisé;

d) le franchisé est empêché de continuer à utiliser après l'expiration du contrat le savoir-faire licencié, alors que ce savoir-faire est devenu généralement connu ou facilement accessible sans que cela résulte d'une violation de ses obligations par le franchisé;

e) le franchisé est limité par le franchiseur, directement ou indirectement, quant à la détermination des prix de vente des produits et services qui font l'objet de la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de recommander des prix de vente;

f) le franchiseur impose au franchisé de ne pas contester les droits de propriété industrielle ou intellectuelle qui constituent la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de mettre fin à l'accord dans un tel cas;

g) les franchisés sont tenus de ne pas fournir, à l'intérieur du marché commun, les produits ou services qui font l'objet de la franchise à des utilisateurs finals en raison de leur lieu de résidence .

Article 6 (...).

Article 7 (...).

Article 8 (...).

Article 9 Le présent règlement entre en vigueur le 1er février 1989 .

Il est applicable jusqu'au 31 décembre 1999 .

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre .

Fait à Bruxelles, le 30 novembre 1988 .

Annexe n°4.
Extrait du Règlement de la Commission n°2790/1999 du 22 Décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu le règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées(1), modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1215/1999(2), et notamment son article 1er,

après publication du projet de règlement(3),

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

(1) En vertu du règlement n° 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 81, paragraphe 3 (ex-article 85, paragraphe 3), du traité à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1.

(2) L'expérience acquise jusqu'à présent permet de définir une catégorie d'accords verticaux dont on peut considérer qu'ils remplissent normalement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3.

(3) Cette catégorie comprend les accords verticaux pour l'achat ou la vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle; pour l'application du présent règlement, le terme accords verticaux comprend les pratiques concertées correspondantes.

(4) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, par voie de règlement, de définir les accords verticaux qui sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. L'évaluation individuelle d'accords au titre de l'article 81, paragraphe 1, exige la prise en compte de plusieurs facteurs, en particulier la structure de marché du côté de l'offre et de la demande.

(5) Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption par catégorie aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3.

(6) Les accords verticaux relevant de la catégorie définie dans le présent règlement peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes; ils peuvent en

particulier entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes.

(7) La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence des autres fournisseurs de biens et de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

(8) On peut présumer, lorsque la part que le fournisseur détient sur le marché pertinent ne dépasse pas 30 %, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte; dans le cas d'accords verticaux qui contiennent des obligations de fourniture exclusive, c'est la part de marché de l'acheteur qu'il y a lieu de prendre en considération afin de déterminer l'effet global de ces accords sur le marché.

(9) Il n'est pas possible de présumer que, au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, les accords verticaux tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, entraînent en général des avantages objectifs de caractère et de taille de nature à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence.

(10) Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les effets positifs mentionnés ci-dessus; en particulier des accords verticaux contenant certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ou certains types de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées.

(11) Afin de garantir l'accès au marché pertinent ou de prévenir la collusion sur ce marché, l'exemption par catégorie doit être subordonnée à certaines conditions. À cette fin, l'exemption des obligations de non-concurrence doit être limitée aux obligations qui ne dépassent pas une certaine durée; pour les mêmes raisons, toute obligation directe ou indirecte, imposant aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés doit être exclue du bénéfice du présent règlement.

(12) Le seuil de part de marché, l'exclusion de certains accords verticaux de l'exemption prévue par le présent règlement ainsi que les conditions auxquelles il subordonne l'exemption assurent en général que les accords auxquels s'applique l'exemption par catégorie ne donneront pas la possibilité aux entreprises participantes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

(13) Dans des cas particuliers où les accords qui relèvent du présent règlement ont cependant des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie. Ceci peut en particulier se produire lorsque l'acheteur a un pouvoir de marché important sur le marché en cause sur lequel il revend les biens ou fournit les services ou lorsque des réseaux parallèles d'accords verticaux produisent des

effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché; de tels effets cumulatifs peuvent par exemple se produire dans les cas de distribution sélective ou d'obligations de non concurrence.

(14) Le règlement n° 19/65/CEE habilite les autorités compétentes des États membres à retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie aux accords verticaux ayant certains effets incompatibles avec les conditions posées par l'article 81, paragraphe 3, lorsque ces effets sont perceptibles sur l'ensemble ou une partie du territoire de ces États membres, et que ce territoire présente les caractéristiques d'un marché géographique distinct; les États membres doivent s'assurer que l'exercice de ce pouvoir de retrait ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles de concurrence communautaires et au plein effet des actes pris en application de ces règles.

(15) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets restrictifs similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché concerné, restaurant ainsi la pleine application de l'article 81 à l'égard de ces accords.

(16) Le présent règlement s'applique sans préjudice de l'application de l'article 82.

(17) Conformément au principe de primauté du droit communautaire, aucune mesure prise en application du droit national de la concurrence ne doit porter préjudice à l'application uniforme des règles communautaires de concurrence sur le marché commun et à l'effet utile de toute mesure prise en application de ces règles, y compris le présent règlement,

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

Article premier

Pour l'application du présent règlement:

a) des "entreprises concurrentes" sont des fournisseurs actuels ou potentiels sur le même marché de produits; le marché de produits comprend les biens ou services que l'acheteur considère comme interchangeable ou substituables avec les biens ou services contractuels en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés;

b) "obligation de non-concurrence" signifie toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;

c) "obligation de fourniture exclusive" signifie toute obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage déterminé ou de la revente;

d) un "système de distribution sélective" est un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou

indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés;

e) les "droits de propriété intellectuelle" comprennent les droits de propriété industrielle, les droits d'auteur et les droits voisins;

f) les "**savoir-faire**" signifie un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité;

g) par "acheteur", on entend: une entreprise qui, en vertu d'un accord tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise.

Article 2 (...).

Article 3 (...).

Article 4 (...).

Article 5 (...).

Article 6 (...).

Article 7 (...).

Article 8 (...).

Article 9 (...).

Article 10 (...).

Article 11 (...).

Article 12 (...).

Article 13 (...).

Le présent règlement entre en vigueur le 1er janvier 2000.

Il est applicable à partir du 1er juin 2000, à l'exception de l'article 12, paragraphe 1, qui est applicable à partir du 1er janvier 2000.

Le présent règlement expire le 31 mai 2010.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 22 décembre 1999.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission

Annexe n°5.
Extrait du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement no 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées(1), et notamment son article 1er,

après publication d'un projet du présent règlement,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, considérant ce qui suit:

(1) En vertu du règlement no 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne(*) à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

(2) Le règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées définit une catégorie d'accords verticaux dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Eu égard aux résultats globalement positifs de l'application de ce règlement, qui expire le 31 mai 2010, et à l'expérience supplémentaire acquise depuis son adoption, il y a lieu d'adopter un nouveau règlement d'exemption par catégorie.

(3) La catégorie d'accords dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité comprend les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Le terme «accords verticaux» doit inclure les pratiques concertées correspondantes.

(...)

A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

Article premier

Définitions

1. Aux fins du présent règlement, on entend par:

a) «accord vertical», un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;

b) «restriction verticale», une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité;

c) «entreprise concurrente», un concurrent actuel ou potentiel; «concurrent actuel», une entreprise présente sur le même marché en cause; «concurrent potentiel», une entreprise qui, en l'absence de l'accord vertical, pourrait entreprendre, de façon réaliste et non selon une possibilité purement théorique, les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause rapidement en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs;

d) «obligation de non-concurrence», toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;

e) «système de distribution sélective», un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;

f) «droits de propriété intellectuelle», les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins;

g) «**savoir-faire**», un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, «secret» signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; «substantiel» se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; «identifié» signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité;

h) «acheteur», entre autres, une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise;

i) «client de l'acheteur», une entreprise non partie à l'accord qui achète les biens ou services contractuels à un acheteur partie à l'accord.

(...)

Article 2 (...)

Article 3 (...)

Article 4 (...)

Article 5 (...)

Article 6 (...)

Article 7 (...)

Article 8 (...)

Article 9 (...).

Article 10 (...)

Le présent règlement entre en vigueur le 1er juin 2010. Il expire le 31 mai 2022.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 20 avril 2010.

Par la Commission Le président José Manuel BARROSO

Annexe n°6.
Code de déontologie européen de la franchise.

Préface.

Ce Code de déontologie européen de la franchise est la remise à jour du code créé en 1972 par l'European Franchise Federation (EFF). Chaque fédération ou association nationale de l'EFF a participé à sa rédaction et en assure la promotion, l'interprétation et l'adaptation utiles dans son propre pays. Ce Code de déontologie se veut être un code des bons usages et de bonne conduite des utilisateurs de la franchise en Europe.

(1) Définition de la Franchise.

La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes (1), le franchiseur et ses franchisés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept (2) du franchiseur.

Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de services, le savoir-faire(3), et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet.

Le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié.

- Secret, le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible : cela n'est pas limité au sens étroit que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur.

- Substantiel, le fait que le savoir-faire doit inclure une information indispensable pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finaux et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle, et la gestion administrative et financière ; le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer la position concurrentielle du franchisé, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à entrer sur un nouveau marché.

- Identifié, le fait que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ; la description du savoir-faire peut être faite dans l'accord de franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée.

(2) Les principes directeurs.

2.1. Le franchiseur est l'initiateur d'un "Réseau de franchise" constitué du franchiseur et des franchisés et dont il a vocation à assurer la pérennité (4).

2.2. Le franchiseur devra :

- a). avoir mis au point et exploité avec succès un concept pendant une période raisonnable et dans au moins une unité pilote avant le lancement du réseau (5),
- b). être titulaire des droits sur les signes de ralliement de la clientèle : enseigne, marques et autres signes distinctifs (6) (7),
- c). apporter à ses franchisés une formation initiale et leur apporter continuellement une assistance commerciale et/ou technique pendant toute la durée du contrat.

2.3. Le franchisé devra :

- a). consacrer ses meilleurs efforts au développement du réseau de franchise et au maintien de son identité commune et de sa réputation (8),
- b). fournir au franchiseur les données opérationnelles vérifiables afin de faciliter la détermination des performances et les états financiers requis pour la direction d'une gestion efficace. Le franchisé autorisera le franchiseur et/ou ses délégués à avoir accès à ses locaux et à sa comptabilité à des heures raisonnables,
- c). ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur ni pendant, ni après la fin du contrat (9).

2.4. Les deux parties devront respecter, de manière continue, les obligations suivantes :

- a). agir de façon équitable dans leurs relations mutuelles. Le franchiseur avertira le franchisé par écrit de toute infraction au contrat et lui accordera, si justifié, un délai raisonnable pour la réparer,
- b). résoudre leurs griefs et litiges avec loyauté et bonne volonté, par la communication et la négociation directes.

[3] Recrutement, publicité et divulgation

3.1. La publicité pour le recrutement de franchisés doit être dépourvue de toute ambiguïté et d'informations trompeuses.

3.2. Tout document publicitaire faisant apparaître directement ou indirectement des résultats financiers prévisionnels du franchisé devra être objectif et vérifiable.

3.3. Afin que le futur franchisé puisse s'engager en toute connaissance de cause, le franchiseur lui fournira une copie du présent Code de déontologie ainsi qu'une information complète et écrite concernant les clauses du contrat de franchise – ceci dans un délai raisonnable avant la signature du contrat (10).

3.4. Lorsque le franchiseur propose la signature d'un contrat de réservation, celui-ci respecte les principes suivants :

- a). avant la signature de tout contrat de réservation, le futur franchisé doit se voir remettre les informations écrites quant au contenu de ce contrat ainsi qu'aux dépenses qui en découleront pour le candidat,
- b). si le contrat de franchise est signé, les débours seront remboursés par le franchiseur ou à valoir sur le droit d'entrée s'il y a lieu,

- c). la durée du contrat de réservation doit être précisée,
- d). une clause de dédit réciproque doit être prévue,
- e). le franchiseur peut imposer une clause de non-concurrence et de confidentialité afin d'empêcher le détournement du savoir-faire transmis pendant la durée du contrat de réservation.

[4] Sélection des franchisés

Le franchiseur sélectionne et n'accepte que les franchisés qui, d'après une enquête raisonnable, auraient les compétences requises (formation, qualités personnelles, capacités financières) pour l'exploitation de l'entreprise franchisée (11).

(5) Le contrat de franchise.

5.1 Le contrat de franchise doit être en conformité avec le droit national, le droit communautaire et le Code de déontologie. Le contrat reflète les intérêts des membres du réseau de franchise, en protégeant les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur et en maintenant l'identité commune et la réputation du réseau de franchise (12).

Tout contrat et toute convention contractuelle gérant les relations franchiseur–franchisé est rédigé ou traduit par un traducteur assermenté dans la langue officielle du pays dans lequel le franchisé est établi, des copies du contrat signé seront immédiatement remises au franchisé.

5.2. Le contrat de franchise définit sans ambiguïté les obligations et les responsabilités respectives des parties ainsi que toutes autres clauses matérielles de la collaboration.

5.3. Les points essentiels minima du contrat sont les suivants :

- les droits du franchiseur,
- les droits du franchisé,
- les biens et/ou services fournis au franchisé,
- les obligations du franchiseur (13), (16), (17),
- les obligations du franchisé,
- les conditions financières pour le franchisé,
- la durée du contrat, fixée de façon à permettre au franchisé l'amortissement des investissements spécifiques à la franchise,
 - les conditions de renouvellement, s'il y a lieu, du contrat (14),
- les conditions dans lesquelles pourront s'opérer la cession ou le transfert des droits découlant du contrat et les conditions de préemption du franchiseur,
 - les conditions d'utilisation par le franchisé des signes de ralliement de la clientèle appartenant au franchiseur : enseigne, marque, marque de service, logo et tous signes distinctifs,
 - le droit du franchiseur de faire évoluer son concept de franchise,
 - les clauses de résiliation du contrat,
 - les clauses prévoyant la récupération par le franchiseur de tout élément corporel ou incorporel lui appartenant en cas de cessation du contrat avant l'échéance prévue (15).

(6) Master franchise.

Ce Code de déontologie ne s'applique pas aux relations entre le franchiseur et son master-franchisé. En revanche, il s'applique aux relations entre le master-franchisé et ses franchisés.

Annexes

(1) Le franchisé est responsable des moyens humains et financiers qu'il engage et responsable, à l'égard des tiers, des actes accomplis dans le cadre de l'exploitation de la franchise. Il a une obligation de collaborer loyalement à la réussite du réseau auquel il a adhéré, en toute indépendance à l'exclusion de tout lien de subordination à l'égard du franchiseur.

(2) Le concept est la conjonction originale de trois éléments :

- la propriété ou le droit d'usage de signes de ralliement de la clientèle : marque de fabrique de commerce ou de services, enseigne, raison sociale, nom commercial, signes et symboles, logos ;

- l'usage d'une expérience, d'un savoir-faire ;

- une collection de produits, de services et/ou de technologies brevetées ou non, qu'il a conçus, mis au point, agréés ou acquis.

(3) Le savoir-faire:

Le franchiseur garantit au franchisé la jouissance d'un tel savoir-faire qu'il entretient et développe. Le franchiseur par une information et une formation adaptées le transmet au franchisé et en contrôle l'application et le respect. Le franchiseur encourage la remontée d'information des franchisés afin d'améliorer le savoir-faire. Dans les périodes précontractuelle, contractuelle et postcontractuelle, le franchiseur empêche toute utilisation et toute transmission de savoir-faire, en particulier à l'égard de réseaux concurrents, pouvant porter préjudice au réseau de franchise.

(4) Le réseau de franchise est constitué du franchiseur et des franchisés.

Le réseau de franchise, par son organisation et son développement, contribue à améliorer la production et/ou la distribution des produits et/ou services ou à promouvoir le progrès technique et économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Le franchiseur doit favoriser un dialogue permanent et structuré entre son organisation et les franchisés en favorisant des instances de concertation. Le franchisé doit s'impliquer dans la vie du réseau et contribuer à l'intérêt général du réseau. La marque du franchiseur, symbole de l'identité et de la réputation du réseau, constitue la garantie de la qualité du service rendu au consommateur. Cette garantie est assurée par la transmission et le contrôle du respect d'un savoir-faire et la mise à disposition d'une gamme homogène de produits et/ou de services et/ou de technologies. Le franchiseur s'assure que le franchisé, par une signalisation adéquate, fait connaître sa nature d'entrepreneur juridiquement indépendant.

(5) Il appartiendra au franchiseur de consacrer à la promotion de sa marque, à la recherche et à l'innovation, les moyens humains et financiers permettant d'assurer le développement et la pérennité de son concept.

(6) Les droits sur les signes de ralliement doivent être d'une durée au moins égale à la durée du contrat.

(7) L'image de marque.

Le franchiseur garantit au franchisé la jouissance de signes de ralliement de la clientèle mis à sa disposition. Il doit notamment lui garantir la validité de ses droits sur la ou les marques dont l'usage est conféré à quelque titre que ce soit, au franchisé. Le franchiseur entretient et développe l'image de marque. Le franchiseur veille au respect par le franchisé des prescriptions d'utilisation de la marque et des autres signes de ralliement mis contractuellement à sa disposition. A l'issue du

contrat, le franchiseur s'assurera de la non-utilisation des signes de ralliement de la clientèle par l'ancien franchisé. En cas d'exclusivité de l'utilisation de la marque sur un territoire donné, le franchiseur en précise les modalités : objet, portée. Le franchiseur s'assure par tout moyen que la collection de produits et/ou de services et/ou de technologies offerts au consommateur est bien conforme à l'image de marque et ce au moyen d'une clause d'achats exclusifs pour les systèmes qui le justifieraient et en particulier lorsque les produits portent la marque du franchiseur.

(8) Le franchisé doit, quelles que soient les circonstances, agir loyalement à l'égard de tout franchisé du réseau ainsi qu'à l'égard du réseau lui-même. Le franchisé est responsable avec le franchiseur de la force du réseau.

(9) A cet égard, le contrat pourra prévoir une clause de non-concurrence en cours ou en fin de contrat dont la durée, la portée et l'objet sont déterminés pour tenir compte de l'intérêt du réseau.

(10) Le futur franchisé en possession des informations prévues par les articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce, a la responsabilité de les analyser précisément afin d'intégrer ces éléments dans son projet d'entreprise dont il est pleinement responsable.

(11) Le futur franchisé se doit d'être loyal quant aux informations qu'il fournit au franchiseur sur son expérience, ses capacités financières, sa formation, en vue d'être sélectionné.

(12) Les relations contractuelles :

Le franchiseur et les franchisés savent qu'ils collaborent dans un système où leurs intérêts sont liés, tant à court qu'à terme plus long. La souplesse du système et le sens des responsabilités de chacun ont fait le succès de la franchise. Les relations entre les partenaires doivent donc permettre de suivre les évolutions nécessaires à améliorer le fonctionnement du réseau de franchise et la satisfaction du consommateur. Le franchiseur établit le contrat écrit qui énonce de façon complète et précise les droits, obligations et responsabilités des parties. Le contrat doit traduire la stratégie du réseau de franchise. Il comporte l'indication des moyens nécessaires pour atteindre la réalisation du concept de franchise. Le contrat n'impose pas aux parties intéressées de restrictions qui ne soient pas nécessaires pour atteindre les objectifs. L'équilibre du contrat est apprécié d'une façon globale en fonction de l'intérêt du réseau de franchise. Le cadre contractuel permet l'expression d'un dialogue permanent et favorise les solutions de conciliation.

(13) En qualité de responsable de l'identité et de la réputation du réseau, le franchiseur s'efforce, en proportion de ses moyens et des buts recherchés, de :

1. Définir des normes de qualité et veiller ou faire veiller à leur respect par les franchisés vis-à-vis du consommateur.

2. Maintenir le franchisé informé de l'existence de sa responsabilité, spécifique à la franchise, à l'égard du consommateur, en qualité de commerçant indépendant et notamment du recours possible au Comité de Médiation Franchise-Consommateurs de la Fédération Française de la Franchise.

3. Dans les cas où l'activité du réseau de franchise nécessite un paiement d'avance total ou partiel par le consommateur, d'attirer l'attention du franchisé sur la nécessité de garantir le consommateur, soit par sa solvabilité propre, soit par une assurance, une garantie bancaire ou tout autre moyen.

(14) Le franchiseur informe le franchisé avec un préavis suffisant de son intention de ne pas renouveler l'ancien contrat arrivé à son terme ou de ne pas signer un nouveau contrat, et réciproquement.

(15) Le franchiseur, ayant indiqué dans le contrat les conditions de reprise et/ou d'utilisation des matériels spécifiques à la franchise, ne recherche pas, par ces conditions, à pénaliser l'ancien franchisé, mais à protéger l'identité et la réputation du réseau de franchise.

(16) Le franchiseur, dans un souci de loyauté, ne recherchera pas à développer ses ventes par internet en causant un préjudice avéré aux franchisés.

1. Le franchiseur informera tout candidat à la franchise de sa politique de vente et de communication sur internet.

2. Le franchiseur et les franchisés veilleront à préserver l'intérêt supérieur du réseau dans le développement de leur politique commerciale sur internet.

(17) Le franchiseur ne doit pas développer de pratiques injustifiées privant le franchisé de sa liberté de quitter le réseau à la fin du contrat de franchise.

Annexe n°7.
Amendement n°1681 au projet de loi relatif à la croissance et l'activité,
dite Loi Macron.

AMENDEMENT N°1681

présenté par

M. Brottes.

ARTICLE ADDITIONNEL

AVANT L'ARTICLE 10, insérer l'article suivant:

I. – Le livre III du code de commerce est complété par un titre IV ainsi rédigé :

« Titre IV

« Des réseaux de distribution commerciale

« *Art. L. 340-1.* – L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er} du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation d'un de ces magasins et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant, prennent fin à la même date, par l'échéance ou par la résiliation d'un des contrats.

« Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4. .

« *Art. L. 340-2.* – Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 340-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.

« *Art. L. 340-3.* – Les contrats mentionnés à l'article L. 340-1 ne peuvent être conclus pour une durée supérieure à six ans. Ils ne peuvent être renouvelés par tacite reconduction.

« Art. L. 340-4. – Les règles statutaires et décisions collectives adoptées conformément aux lois relatives aux associations, aux sociétés civiles, commerciales ou coopératives ne peuvent faire obstacle aux dispositions des articles L. 340-1 à L. 340-3 ».

II. – Les dispositions du I s’appliquent, y compris aux contrats en cours, à l’expiration d’un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi.

EXPOSÉ SOMMAIRE

Il importe de renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d’enseignes par les magasins indépendants afin d’augmenter le pouvoir d’achat des français, de diversifier l’offre pour le consommateur dans les zones de chalandise tout en permettant au commerçant de faire jouer la concurrence entre enseignes, notamment au niveau des services que celles-ci proposent (centrale d’achat et de référencement, conditions d’approvisionnement, etc.).

Sans résoudre définitivement la question, le présent amendement propose de poser les principes d’un encadrement des modalités de rattachement des magasins de commerce de détail à un réseau.

Afin de garantir la liberté d’exercice de leur activité par les commerçants de détail, il propose que l’ensemble des contrats liant un commerçant à un réseau ne puissent être conclus pour une durée supérieure à 6 ans, et qu’ils prennent fin à la même date, afin d’éviter que la durée des contrats et la variété de leurs échéances ne rende impossible, pour un commerçant, d’opter pour l’indépendance ou de rejoindre un autre réseau. Cette disposition ne concernerait pas les baux commerciaux, qui font l’objet d’un régime spécifique.

Afin d’assurer l’efficacité de cette mesure tout en permettant son appropriation par les acteurs, cet amendement prévoit que ses dispositions sont applicables aux contrats en cours au terme d’un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi.

Des dispositions complémentaires pourraient être envisagées, à l’issue d’une concertation plus approfondie avec les acteurs concernés, notamment :

-Un ciblage de la portée du dispositif aux secteurs de la distribution les plus directement concernés ;

-Un lissage dans le temps du versement des sommes dues par le commerçant au titre de son entrée dans un réseau ;

-Un encadrement des clauses contenues dans le contrat par lequel un commerçant achète son fonds de commerce ou son local commercial, notamment celles prévoyant un droit de préemption ou de préférence du réseau et celles limitant l’exercice de l’activité commerciale.

Annexe n°8.

Extrait du communiqué de presse du 3 Février 2015, de la FFF, au sujet de la suppression des clauses de non-concurrence post-contractuelles au sein des contrats de franchise, prévue par le projet de loi pour la croissance et l'activité.

(...) Cette disposition est d'autant plus inappropriée que l'existence d'une telle clause est non seulement parfaitement reconnue en droit européen, mais également sanctionnée par nos tribunaux français quand elle ne se justifie pas par la nécessaire protection d'un savoir-faire procurant un avantage concurrentiel au franchisé (...).

(...) Le choix du parlement et du gouvernement ne serait il pas de privilégier les grands groupes fortement capitalisés au détriment des entrepreneurs indépendants?

(...) Cette nouvelle disposition empêcherait le franchiseur à l'issue du contrat de protéger pendant un an, d'une part le résultat de son innovation commerciale et d'autre part les membres de son réseau, puisqu'un ancien franchisé pourrait ainsi facilement concurrencer les franchisés du réseau qu'il quitte et mettre ce savoir-faire acquis au profit d'un réseau concurrent (...).

(...) C'est replacer l'entrepreneur indépendant dans la position qu'il avait il y a 30 ans en lui retirant la possibilité de s'allier efficacement à une tête de réseau franchiseur afin de disposer des moyens de rester sur le marché et de se développer en bénéficiant d'un savoir-faire efficient et protégé. La FFF regrette que le parlement et le gouvernement n'aient pas jugé utile de réaliser une étude d'impact afin d'écouter et de comprendre les opérateurs (et notamment la Fédération française de la franchise, à l'origine et garante du code de déontologie de la franchise) et les exigences des différentes stratégies de développement qui s'offrent à l'entrepreneur indépendant (...).

Annexe n°9.
Extrait du communiqué de presse du 7 Décembre 2010, de l'Autorité de la Concurrence, au sujet de l'Avis n°10-A-26, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

(...)

Pour redynamiser la concurrence et favoriser l'entrée de nouveaux groupes de distribution, il faut libérer les magasins indépendants des contraintes extrêmement fortes qui les lient à leur tête de réseau, de façon à ce qu'ils puissent plus facilement changer d'enseigne

Les magasins dits « affiliés » ou « indépendants » représentent la forme la plus répandue de commerce dans le secteur de la distribution alimentaire (autour 70 % selon les formats). Ces magasins sont exploités par des commerçants indépendants qui sont responsables de l'exploitation du ou des magasins dont ils sont les gérants et qui ont choisi de s'affilier à une enseigne.

(...)

Les magasins affiliés sont aujourd'hui captifs de l'enseigne qui les regroupe. Des multiples clauses, insérées dans leurs contrats et leurs statuts, freinent leur mobilité et les dissuadent très fortement de changer d'enseigne :

- les durées d'engagement sont très longues (les groupements coopératifs peuvent imposer des durées allant jusqu'à 30 ans ; les groupes intégrés imposent des durées allant de 3 à 9 ans avec tacite reconduction) ;
- le magasin est lié à sa tête de réseau par de nombreux contrats (contrats de franchise, contrat d'adhésion au groupement coopératif, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, pactes d'associés, statuts des magasins indépendants, etc.) dont les échéances se chevauchent ;
- le commerçant est soumis à des « droits d'entrée à paiements différés », dont le montant correspond à un pourcentage de son chiffre d'affaires prévisionnel et dont le paiement est différé au jour de l'échéance du contrat. Cette perspective a tendance à le dissuader de quitter le réseau à la fin du contrat ;
- **des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles sont présentes dans ses contrats. Concrètement, ces clauses interdisent au commerçant, pendant une période de un à deux ans et dans un périmètre géographique déterminé, d'exercer une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte (non-concurrence) ou de s'affilier à un autre réseau (non-réaffiliation) à la fin de son contrat.**

(...)

Les recommandations de l'Autorité

Pour contrer les stratégies de gel du foncier commercial : La suppression des clauses de non-concurrence et droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial.

Pour favoriser la mobilité entre enseignes :

La limitation de la durée des contrats d'affiliation à 5 ans maximum

La limitation des clauses de non-réaffiliation et non-concurrence post-contractuelles

L'interdiction des droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation

Faute pour la profession de mettre en œuvre ces recommandations, une intervention du législateur pourrait être nécessaire

INDEX

A		E	
abus de confiance	215	erreur sur la valeur	53
éléments constitutifs	216	exception d'inexécution	114
action en concurrence déloyale	176 et s.	exception d'inexécution préventive	115
confusion	182		
faute	177		
fondements	176		
lien de causalité	189		
préjudice subi	186 et s.		
présomption de préjudice	186		
action en nullité			
conditions	79		
approvisionnement exclusif	116		
B		F	
brevet d'invention.....	155	formation.....	59 et s.
		examen final	64
		formation « initiale »	63
		formation dite « continue ».....	67 et s.
		franchisé	
		droit de propriété.....	147
		indépendance.....	104
C		G	
clause d'agrément.....	132	gérant de fait	107
clause de confidentialité	150	gérant de succursale.....	106
durée	150		
validité	150		
clause de non-concurrence	142 et s.		
nullité.....	143		
validité	144		
clause de non-réaffiliation	148		
validité	149		
clause de préférence.....	133		
violation	134		
comptes d'exploitation prévisionnels	52		
contrat de franchise			
caducité	31		
cession	128 et s.		
cession forcée	139		
définition	15 et s.		
<i>intuitu personae</i>	137		
qualités essentielles.....	53		
requalification.....	90 et s.		
typologie	16		
contrefaçon.....	221		
corruption	217		
D		M	
dessins et modèles		manuel opératoire.....	38, 40
régime.....	162		
droit d'auteur	165		
droit d'entrée.....	110		
droit des marques	156		
recours.....	159		
E		N	
		nullité.....	71 et s.
		absence de cause.....	73
		dol	78
		objet	76
		préjudice.....	82
		réforme.....	83
F		O	
		obligation d'assistance.....	68
		obligation de confidentialité	
		violation.....	125
		œuvre de l'esprit	
		conditions	166
		forme	167
		originalité	168
G		P	
		pacte de préférence	
		action interrogatoire	135
		parasitisme économique	183
		procédure collective	138
		protection du savoir-faire	
		négociations	123

R

redevances d'exploitation	112
réitération du savoir-faire	
contrôle	100 et s.
manquements	99
requalification du contrat de franchise	
contrat de travail	105
réseau	
notoriété	98
résolution du contrat	86
effets	88
réforme	87
réussite commerciale	58, 69

S

savoir-faire	
caractère éprouvé	43
caractère évolutif	47
caractère identifié	37
caractère secret	25
caractère substantiel	32
conception classique	24 et s.
conception <i>moderne</i>	41 et s.
émission	58
expérimentation	43
modalités de transmission	60
originalité	34
preuve	39

protection	119 et s.
réception	93
réitération	95
rentabilité	50
secret de fabrique	
élément matériel	206
secret des affaires	190 et s.
action	197
conditions	194
détenteur légitime	196
indemnisation	199
protection raisonnables	195
système de traitement automatisé de données	
conditions	219

T

transmission universelle de patrimoine	136
--	-----

U

unité pilote	44
--------------------	----

V

violation du secret de fabrique	202 et s.
vol	212 et s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : LE SAVOIR-FAIRE, UN DES ELEMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT DE FRANCHISE	29
TITRE 1 : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU SAVOIR-FAIRE.....	33
Chapitre 1 : La conception dite « <i>classique</i> » du savoir-faire	35
Section I : Le caractère secret de l’information.....	35
Section II : Le caractère substantiel du savoir-faire.....	43
Paragraphe I : Du caractère significatif des informations transmises.....	44
Paragraphe II : L’utilité des informations transmises.....	47
Section III : Le caractère identifié du savoir-faire.....	51
CONCLUSION DU CHAPITRE	59
Chapitre 2 : La conception moderne du savoir-faire.....	61
Section I : Le caractère éprouvé du savoir-faire.....	62
Section II : Le caractère évolutif du savoir-faire.....	70
Section III : La rentabilité économique, une composante essentielle du savoir-faire	78
Paragraphe I : La rentabilité du savoir-faire, un élément déterminant du consentement du franchisé	79
Paragraphe II : La rentabilité économique du savoir-faire érigée en qualité essentielle du contrat de franchise	84
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	91
CONCLUSION DU TITRE.....	93
TITRE 2 : TRANSMISSION ET EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE, OBLIGATIONS ESSENTIELLES DU CONTRAT DE FRANCHISE.	95
Chapitre 1 : L’émission du savoir-faire par le franchiseur.....	99
Section I : L’émission du savoir-faire, une obligation essentielle pour le franchiseur.	100

Paragraphe I : L'émission du savoir-faire lors de la formation du franchisé.....	100
Paragraphe II : La transmission du savoir-faire au cours de l'exécution du contrat de franchise.	106
Section II : Les conséquences du manquement du franchiseur à son obligation d'émission du savoir-faire.	110
Paragraphe I : La nullité du contrat de franchise pour absence de savoir-faire.	111
A. La diversité des moyens invoqués par le franchisé afin d'obtenir la nullité du contrat de franchise	111
1°. La nullité du contrat de franchise pour absence de cause	112
2°. Le recours à la notion d'objet pour obtenir la nullité du contrat de franchise	115
3°. La nullité du contrat de franchise en raison de la présence d'un dol.....	117
4°. Les vérifications préalables devant être effectuées par le franchisé avant l'exercice de son action en nullité	118
B. La réparation du préjudice subi par le franchisé en raison du prononcé de la nullité du contrat de franchise	120
C. Les conséquences de la réforme du droit des obligations sur l'exercice de l'action en nullité du contrat de franchise	122
Paragraphe II : La résolution du contrat de franchise pour absence d'émission du savoir-faire.....	125
Paragraphe III : La requalification du contrat de franchise en un autre contrat de distribution.	130
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	135
Chapitre 2 : La réception du savoir-faire par le franchisé.....	137
Section I : La réception du savoir-faire à travers son exploitation par le franchisé.....	137

Paragraphe I : Le respect par le franchisé du savoir-faire transmis lors de sa réitération.....	138
Paragraphe II : Le contrôle par le franchiseur de la réitération du savoir-faire.....	144
A. Le contrôle de la réitération du savoir-faire, expression du pouvoir de police du franchiseur au sein du réseau.....	145
B. Le difficile équilibre entre l'indépendance du franchisé et le contrôle de la réitération.	149
1. La requalification du contrat de franchise en contrat de travail.....	150
2. Le bénéfice au franchisé des disposition relatives au statut de gérant de succursale.....	153
3. La reconnaissance de la qualité de gérant de fait au franchiseur	155
Section II : Les obligations accessoires découlant de la réception du savoir-faire.....	157
Paragraphe I : Les obligations financières à la charge du franchisé.....	157
A. La redevance forfaitaire initiale : le droit d'entrée.....	158
B. Les redevances périodiques d'exploitation ou « <i>royalties</i> ».....	161
C. Le contentieux lié aux obligations financières.....	162
Paragraphe II : La clause d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif.....	169
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	177
CONCLUSION DU TITRE.....	179
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	181
 SECONDE PARTIE : LA RESERVATION DU SAVOIR-FAIRE, UN ENJEU MAJEUR POUR LE FRANCHISEUR	 185

TITRE 1 : LES TECHNIQUES PREVENTIVES PERMETTANT LA PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE	191
Chapitre 1 : La protection du savoir-faire assurée par le contrat de franchise et les règles issues du droit commun des contrats.	193
Section I : La protection du savoir-faire lors de la négociation et de la cession du contrat de franchise.....	194
Paragraphe I : La protection du savoir-faire pendant la phase de négociation du contrat de franchise	194
Paragraphe II : La protection du savoir-faire pendant la phase de négociation du contrat de franchise.....	201
A. La protection du savoir-faire lors de la cession du contrat de franchise.....	202
B. La protection du savoir-faire en cas de transmission universelle de patrimoine	212
C. La protection du savoir-faire en cas de procédure collective.....	217
Section II : La protection du savoir-faire par le biais de techniques contractuelles.	223
Paragraphe I : La clause de non-concurrence.....	224
Paragraphe II : La clause de non-réaffiliation.....	234
Paragraphe III : La clause de confidentialité.....	238
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	245
Chapitre 2 : La protection du savoir-faire par le recours au droit de la propriété intellectuelle.....	247
Section I : La protection indirecte du savoir-faire par le recours au droit de la propriété industrielle.....	247
Paragraphe I : Le recours au brevet afin de protéger les outils indispensables à l'utilisation du savoir-faire.....	248
Paragraphe II : L'emploi du droit des marques pour protéger indirectement l'originalité entourant le savoir-faire.....	251
Paragraphe III : La protection des produits industriels et artisanaux par le droit des dessins et modèles.....	254

Section II : Le droit d’auteur, un moyen efficace de protection du savoir-faire du franchisé ?	257
Paragraphe I : Le savoir-faire, une véritable œuvre de l’esprit	258
Paragraphe II : Le caractère secret du savoir-faire incompatible avec le régime de protection du droit d’auteur.....	261
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	265
CONCLUSION DU TITRE.....	267
TITRE 2 : LES TECHNIQUES PERMETTANT LA PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE.....	269
Chapitre 1 : Les instruments civils assurant la protection de manière répressive du savoir-faire	271
Section I : Le recours par le franchiseur à la théorie générale de l’action en concurrence déloyale.....	272
Paragraphe I : Les origines et les fondements de l’action en concurrence déloyale.....	272
Paragraphe II : L’atteinte au savoir-faire du franchiseur : fait générateur de l’action en concurrence déloyale.....	275
A. La désorganisation du réseau du franchiseur par le détournement des éléments constitutifs du savoir-faire	277
B. La confusion par imitation des produits et des services commercialisés par le franchiseur	280
C. Le parasitisme économique, nouvelle forme d’acte de concurrence déloyale pouvant être utilisée par le franchiseur	281
Paragraphe III : De la nécessité pour le franchiseur de démontrer l’étendue de son préjudice	285
Paragraphe IV : La détermination du lien de causalité existant entre la faute et le préjudice subi	290
Section II : Le secret des affaires, un nouveau moyen de protection de nature civile du savoir-faire du franchiseur ?	291

Paragraphe I : De l'influence du législateur européen dans l'adoption d'une protection du secret des affaires en droit français.....	292
Paragraphe II : De l'objet et des conditions de protection du savoir-faire au titre du secret des affaires.	295
Paragraphe III : Des actions en prévention et en cessation d'une atteinte illicite au secret des affaires pouvant être utilisées par le franchiseur.....	300
Paragraphe IV : De l'intérêt pour le franchiseur de recourir aux dispositions relatives à la protection du secret des affaires.....	303
CONCLUSION DU CHAPITRE	307
Chapitre 2 : Les mécanismes de droit pénal permettant au franchiseur de sanctionner une atteinte à son savoir-faire.....	309
Section I : L'absence de disposition pénale venant protéger spécifiquement le savoir-faire du franchiseur.....	309
Paragraphe I : Le délit de violation du secret de fabrique ...	310
A. Tentative de définition du secret de fabrique.....	310
B. La révélation d'un procédé secret, l'élément matériel du délit de violation du secret de fabrique	313
C. L'élément moral	315
Paragraphe II : Du refus de la jurisprudence d'étendre l'application du délit de violation du secret de fabrique au savoir-faire commercial.	315
Section II : La protection indirecte du savoir-faire sur le plan pénal.....	317
Paragraphe I : Le vol	318
Paragraphe II : Le délit d'abus de confiance	319
Paragraphe III : La corruption	321
Paragraphe IV : Le recours par le franchiseur au délit d'accès et de maintien dans un système de traitement automatisé de données	322
Paragraphe V : Le délit de contrefaçon	324

CONCLUSION DU CHAPITRE	327
CONCLUSION DU TITRE	329
CONCLUSION SECONDE PARTIE	331
CONCLUSION GÉNÉRALE	335
BIBLIOGRAPHIE	347
TABLE DES ANNEXES.....	417
INDEX.....	452